المغني

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ت ٦٢٠ هـ
على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي

ويليه

الشرح الكبير

لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد
ابن أحمد بن قدامة المقدسي ت ٦٨٢ هـ
وكلاهما على مذهب إمام الأئمة أبي عبد الله أحمد بن حنبل

تحقيق

الدكتور محمد شرف الدين خطاب
رئيس قسم الشريعة بجامعة المنيا

الدكتور السيد محمد السيد

الأستاذ سيد إبراهيم صادق

الجزء التاسع

دار الحديث
القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المُغني

ويليه

الشَّرحُ الكبيرُ

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

اسم الكتاب : المغني

اسم المؤلف : ابن قدامة المقدسي

اسم المحقق : د محمد شرف الدين ، د السيد محمد السيد

القطع : ١٧×٢٤سم

عدد المجلدات : ١٤ مجلداً + ٢ فهارس

سنة الطبع : ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

رقم الإيداع : ٩٦٣٣ / ١٩٩٥م

الترقيم الدولي : ٢ - ٠٦٨ - ٥٢٢٧ - ٩٧٧

دار الحديث

طبع . نشر . توزيع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون ٥١١٣٠٣٦ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ / فاكس ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتـــاب الـــــولاء

قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ (الأحزاب: ٥) يعنى الأدعياء، وقال النبىّ ﷺ: «الولاء لمن أعتق»(١) وقال سعيد ثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبتـه، متفق عليهما(٢)، وقـال النبىّ ﷺ: «لعن الله من تولى غيـر مواليه»(٣) قال الترمذى: هذا حـديث حسن صحيح، وقال: «مـولى القوم منهم»(٤) حديث صحيح، وروى الخـلال بإسناده عن إسماعيل ابن أبى خالد عن عـبد الله بن أبى أوفى قال: قـال لى النبىّ ﷺ: «الولاء لحمة كلحـمة النسب لا يباع ولا يوهب»(٥).

بـــاب الـــــولاء

الأصل فيـه قوله تعـالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ يـعنـى الأدعياء، وقـول النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» مـتفق عليه، وعن ابن عمـر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيـع الولاء وهبته، وقـال ﷺ: «لعن الله من تولى غيـر مواليـه» قال الترمـذى: هذا حديث حـسن صحيح، وقـال ﷺ: «مولى القـوم منهم» حديث صـحيح، وروى الخـلال بإسناده عن ابن أبى أوفى قال: قـال لى النبى ﷺ: «الولاء لُحـمة كلُحـمة النسب لا يباع ولا يوهب».

(١) أخرجه البخارى (١٢/ ح٦٧٥٤/ فتح) ومسلم (٢/ عتق/ ١١٤١/ ٥) والنسائى (٦/ ح٣٤٤٩).

(٢) أخـرجه البـخـارى (٥/ ح٢٥٣٥/ فتح) ومـسلم (٢/ عـتق/ ١١٤٥/ ١٦) وأبو داود (٣/ ح٢٩١٩) والترمذى (٣/ ح١٢٣٦) والنسائى (٧/ ٤٦٧٣) وابن ماجه (٢/ ٢٧٤٧) وأحمد (٢/ ٩، ٧٩).

(٣) أخرجـه الحاكم فى مـستدركـه (٤/ ١٥٣) وأحمد فى مـسنده (١/ ٣٠٩، ٣١٧) والبيهـقى فى السنن الكبرى (٨/ ٢٣١) وإسناده صحيح.

(٤) أخرجه البخارى (١٢/ ح٦٧٦١/ فتح) وأبو داود (٢/ ح١٦٥٠) والبيهقى فى السنن (٢/ ١٥١) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٤٨) والدارمى (٢/ ح٢٥٢٨).

(٥) أخرجه الشافعى (١٢٣٢) من طريق محمـد بن الحسن عن يعقوب بن إبراهيم عن عبد الله بن دينار عن ابن عـمـر به... بلفظه، كـذا فى الإرواء، ومن طريق الشـافـعى أخرج الحـاكم (٤/ ٣٤١) وقـال: «صحيح الإسناد» ورده الذهبى مستنكرًا ومشنعًا عليه بقوله: قلت بالدبوس. اهـ.

قلـت: وعلة الحديث: محمد بن الحسن، وهو الشيبانى، لينه النسائى وغيره من قبل حفظه، ويعقوب ابن إبراهيم، فهو يروى عن الضعفاء الكثير، كـما قال الذهبى، وأخرج البيهقى فى السـنن الكبـرى =

١٠٥٠- مسألة: قال: (والولاء لمن أعتق وإن اختلف ديناهما).

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبدًا أو عَتَقَ عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء(٦)، والأصل في هذا قول النبيّ ﷺ: «الولاء لمن أعتق»(٧) وأجمعوا أيضًا على أن السيد يرث عتيقه إذا مات جميع ماله إذا اتفق ديناهما ولم يخلف وارثًا سواه، وذلك لقول النبيّ ﷺ: «الولاء لُحمة كلُحمة النسب»(٨) والنسب يورث به ولا يورث، كذلك الولاء.

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد ثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله بن شداد قال: «كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته فأعطى النبيّ ﷺ ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف»(٩) قال: وثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الميراث للعصبة، فإن لم يكن عصبة فللمولى»(١٠) وعنه: «أن رجلاً أعتق عبدًا فقال للنبي ﷺ: ما ترى في ماله؟ قال: إن مات ولم يدع إرثًا فهو لك»(١١).

فصل: ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الأرحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، فإذا مات رجل وخَلَّف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه، وإن خلف ذا رحم ومولاه فالمال لمولاه دون ذي رحمه، وعن عمر وعليّ: يقدم الرد على المولى، وعنهما وعن ابن مسعود تقديم ذي الأرحام على المولى، ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ (الأنفال: ٧٥).

أ- مسألة: (كل من أعتق عبدًا أو عتق عليه برحم أو كتابة أو تدبير أو استيلاد أو وصية بعتقه فله عليه الولاء وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمه وعلى معتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقهم أبدًا ما تناسلوا).

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبدًا أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة ولا من زكاته أو نذره أو كفارته أن له عليه الولاء، لقول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق» متفق عليه.

= (١٠/ ٢٩٢) وقال: قال أبو بكر بن زياد النيسابوري: هذا الحديث خطأ، لأن الثقات لم يرووه هكذا، وإنما رواه الحسن مرسلاً وساق البيهقي إسناده إلى الحسن به مرفوعًا وإسناده صحيح، وابن حبان في صحيحه (٧/ ح٤٩٢٩) وعبد الرزاق في المصنف (٩/ ٥) من حديث ابن المسيب موقوفًا، وللحديث طرق أخرى جمعها الألباني في الإرواء (١٦٦٨) و هو صحيح بمجموع الطرق.

(٦) ذكره ابن المنذر في الإجماع (٧٣/ ٣٢٩). (٧) تقدم رقم (١). (٨) تقدم رقم (٥).

(٩) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/ ١٧٤) وابن ماجه (٢/ ح٢٧٣٤) بنحوه، والبيهقي في السنن (٦/ ٢٤١) والحاكم في المستدرك (٤/ ٦٦) وسكتا عنه، وأحمد في مسنده (٦/ ٤٠٥) بلفظ عن سلمى بنت حمزه أن مولاه مات وترك ابنه، فورث النبي ﷺ ابنته النصف وورث يعلى النصف وكان ابن سلمى، والحديث إسناده حسن، انظر الإرواء (١٦٩٦).

(١٠) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/ ٢٨١) والحديث مرسل من مراسيل الحسن البصري.

(١١) أخرجه البيهقي في السنن (٦/ ٢٤٠) وقال: هكذا جاء مرسلاً، وابن ماجه (٢/ ح٢٧٤١) والحديث إسناده ضعيف، فيه عوسجة وهو ليس بمشهور كما في التقريب.

ولنا: حديث عبـد الله بن شداد وحديث الحسن، ولأنه عَـصبة يعقل عن مولاه، فـيقدم على الرد وذى الرحم كابن العم.

فـصل: وإن كان للمعتق عصبة من نسبـه أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شىء للمولى، لا نعلم فى هذا خلافًا لما تقدم من الحديث، ولقول النبىّ ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلهـا فما أبقـت الفروض فلأولـى رجل ذكر» (١٢) وفى لفظ: «فـلأولى عصـبة ذكـر» (١٣) والعصبة من القرابة أولى من ذى الولاء، لأنه مشبه بالقرابة والمشبه به أقوى من المشبه، ولأن النسب أقوى من الولاء، بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء.

فـصل: وإن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافًا، لعموم قول النبىّ ﷺ: «الولاء لمن أعـتق» (١٤) ولقوله: «الولاء لُحمـة كلُحمة النسب» (١٥) ولحمـة النسب تثبت مع اخـتلاف الدين وكذلك الولاء، ولأن الولاء إنما يثبت له عليه لإنعامه بإعـتاقه وهذا المعنى ثابت مع اخـتلاف دينهمـا، ويثبت الولاء للذكر على الأنثـى والأنثى على الذكر ولكل معتق لعموم الخبر والمعنى، ولحـديث عبد الله بن شداد، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ فيه روايتان:

إحداهما: يرثه، روى ذلك عن علىّ وعمر بن عبد العزيز، وبه قال أهل الظاهر، واحتج أحمـد بقول علىّ: الولاء شـعبـة من الرق، وقال مالك: يـرث المسلم مولاه النـصرانى لأنه يصلح له تملـكه ولا يرث النصـرانى مـولاه المـسلم، لأنه لا يصلح له تملكه، وجـمـهـور العلماء (١٦) على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما، لقول النبىّ ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر الـمسلم» (١٧) ولأنه ميراث فيمنعه اختـلاف الدين كميراث النسب، ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى، فإذا منع الأقوى فالأضعف أولى، ولأن النبىّ ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله: «الولاء لحمة كلحمـة النسب» (١٨) وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صـحة النسب وثبوته كذلك يمنعه مع صحـة الولاء وثبوته، فإذا اجتـمعا على الإسـلام توارثا كالمتناسـبين وهذا أصح فى الأثر والنظر إن شاء الله تعالى، فإن كان للسيد عـصبة على دين العبد ورثه دون سيده، وقال داود: لا يرث عصبته مع حياته.

---

(١٢) أخرجه البخارى (١٢/ ح٦٧٣٢/ فتح) ومسلم (٣/ الفرائض/ ١٢٣٣/ ٢).

(١٣) انظر ما تقدم. (١٤) تقدم برقم (١) من كتاب الولاء. (١٥) برقم برقم (٥).

(١٦) أنظر التمهيد لابن عبد البر (٢/ ٥٥).

(١٧) أخرجـه البخـارى (١٢/ ٦٧٦٤/ فتح) ومـسلم (٣/ فرائض/ ١٢٣٣/ ١) والتـرمذى (٢١٠٧) وابن ماجه (٢٧٢٩) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٢٠٠، ٢٠٨، ٢٠٩).

(١٨) تقدم رقم (٥).

ولنا: أنه بمنزلة ما لو كان الأقرب من العصبة مخالفًا لدين الميت والأبعد على دينه ورث دون القريب.

فصل: وإن أعتق حربى حربيّا فله عليه الولاء لأن الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء، وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهل العراق فإنهم قالوا: العتق فى دار الحرب والكتابة والتـدبير لا يصح، ولو استولد أمـته لم تَصِرْ أم ولد مسلمًا كـان السيد أو ذميّا أو حربيّا.

ولنا: أن مِلْكهم ثابت بـدليل قول الله تعـالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَـهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْـوَالَهُمْ﴾ (الأحـزاب: ٢٧) فنسبها إليهم فصح عتـقهم كأهل الإسلام، وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم، لقول النبىّ ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[١٩] فإن جاءنا المعتق مسلمًا فالولاء بحاله، فإن سبى مولى النعمة لم يرث ما دام عبدًا، فإن أعتق فعلـيه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه، وهل يثبت لمعتق السيد ولاء على معتقـه؟ يحتمل أن يثبت لأنه مولى مولاه، ويحتمل أن لا يثبت، لأنه ما حصل منه إنعام عليـه ولا سبب لذلك، فإن كان الذى اشتراه مولاه فأعـتقه فكل واحد منهما مـولى صاحبه يرثه بالولاء، وإن أسـره مولاه فأعتقه فـكذلك، وإن أسره مولاه وأجنبى فأعتقاه فـولاؤه بينهما نصفين، فإن مات بعده المعـتق الأول فلشريكه نصف ماله، لأنه مولى

فـصل: وإن أعتق حربى حـربيّا فله عليه الولاء، لأن الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء، وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهلَ العراق فإنهم قالوا: العتق فى دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح.

ولنا: أن ملكهم ثابت بـدليل قول الله تعـالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَـهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْـوَالَهُمْ﴾ فنسبـها إليهم فـصح عتقـهم كأهل الإسلام، وإذا صح عـتقهم ثبت الولاء لـهم، لقول النبى ﷺ: «الولاء لمن أعتق» فإن جاءنا المعتق مسلمًـا فالولاء بحاله، وإن سبى مولى النعمة لم يرث ما دام عبـدًا، فإن أعتق فعليـه الولاء لمعتقه وله الولاء على عـتيقه، وهل يثـبت لمعتق السيـد ولاء على معتقـه؟ يحتمل أن يثبت، لأنه مـولى مولاه، ويحتمل أن لا يثـبت، لأنه ما حصل منه إنعام عليـه ولا سبب لذلك، فإن كان الذى اشتـراه مولاه فأعتقه فكل واحـد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء، وإن أسـره مولاه فأعتقه فكذلك، فإن أسره مـولاه وأجنبى فأعتقاه فولاؤه بينهمـا نصفين، فإذا مـات بعده المعتق الأول فلشريكه نصف مـاله، لأنه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين، والآخر لا شىء له، لأنه لم ينعم عليه، وإن سبى المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل ولاء الأول، وصار الولاء للثـانى، وهو قول مالك والشافعى، وقيل: الولاء بينهمـا، واختاره ابن المنذر، لأنه لـيس أحدهما أولى من الآخـر، وقيل: الولاء للأول، لأنه أسبق.

---

(١٩) تقدم رقم (١٤).

نصف مولاه على أحد الاحتمالين، والآخـر لا شيء له، لأنه لم ينعم عليه، وإن سبى المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بَطَلَ ولاء الأول وصـار الولاء للثانى، وبهذا قال مالك والشافعى، وقيل: الولاء بينهما، واختـاره ابن المنذر، لأنه ليس أحدهما أولـى من الآخر، وقيل: الولاء للأول لأنه أسبق.

ولنا: أن السـبى يـبطل مِلك الأول الحـربى فـالولاء التـابع لـه أولى، ولأن الولاء بطل باسترقاقه فلم يعـد بإعتاقه، وإن أعتق ذمى عبدًا كافرًا فهرب إلى دار الحـرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه الحربى سـواء وإن أعتق مسلم كافرًا فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فـذكر أبو بكر والقاضى أنه لا يجوز استرقـاقه وهو قول الشافعى لأن فى اسـترقاقه إبطال ولاء المسلم المعصوم، قال ابن اللبان[٢٠]: ولأن له أمانًا بعتق المسلم إياه، والصحيح ـ إن شاء الله ـ جواز اسـترقاقه، لأنه كافر أصلى كتابى فجـاز استرقاقه كمعتق الحـربى وكغير المعتـق، وقولهم فى استرقاقـه: إبطال ولاء المسلم، قلنا: لا نسلم بل متى أعـتق عاد الولاء للأول، وإنما امتنع عـمله فى حال رقه لمانع، وإن سلمنا أن فيـه إبطال ولائه فكذلك فى قتله وقد جاز إبطال ولائه بالقتل فكذلك بالاسترقاق، ولأن القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء، وقول ابن اللبان: له أمان، لا يصح، فإنه لو كان له أمان لم يجز قتله ولا سبيه، فعلى

ولنا: أن السـبى يـبطل ملك الحـربى الأول فـالولاء التـابع لـه أولى، ولأن الولاء بطل باسترقاقه فلم يعـد بإعتاقه، وإن أعتق ذمى عبدًا كافرًا فهرب إلى دار الحـرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه الحربى سواء، وإن أعتق مسلم كافرًا فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والـقاضى أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافـعى، لأن فى استرقاقه إبطال ولاء المسلم المعصوم، قال ابن اللبان: ولأن له أمانًا بعتق المسلم إياه.

قال شـيخنا: والصحيـح ـ إن شاء الله ـ جواز استـرقاقه، لأنه كـافر أصلى كتابى فـجاز استرقاقه كمـعتق الحربى وكغير المعتق، وقولهم: فى اسـترقاقه إبطال ولاء المسلم، قلنا: لا نسلم بل متى أعتق عاد الولاء للأول، وإنما امتنع عمله فى حال رقه لمانع، وإن سلمنا أن فيه إبطال ولائه ولكن ذلك غير ممتنع كما لو قـتل بكفره فإنه يبطل ولاؤه به فكذلك بالاسترقاق، ولأن القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك، وقول ابن اللبان: له أمان، لا يصح فإنه لو كان له أمان لـم يجز قتـله ولا سبيـه، فعلى هذا إن اسـترق احـتمل أن يكون الولاء للـثانى، لأن الحكمين إذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منـهما كالناسخ والمنسوخ، واحتمل أن يكون للأول، لأن ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقـيقة الملك، ويحتمل أنه بينهما، وأيهما مات كان للثانى، وإن أعتق مسلم مسلمًا أو أعتقه ذمى فارتد ولحق بدار الحرب فسبى لم يجز استرقاقه، وإن اشتُرى فالشراء باطل ولا يقبل منه إلا التوبة أو القتل.

---

(٢٠) هو محمد بن عبد الله بن الحسن الفرضى، وتقدم ترجمته رقم (٤) فى ميراث الجد.

هذا إن استُرِقَّ ثـم أُعتق احتمل أن يكون الولاء للثـانى لأن الحُكمين إذا تنافيا كـان الثابت هو الآخر منهـما كالناسخ والمنسوخ، واحـتمل أنه للأول لأن ولاءه ثبت وهو معصـوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك، ويحتمل أنه بينهما وأيهما مات كان للثانى، وإن أعتق مسلم مسلمًا أو أعتقه ذمى فارتد ولحق بدار الحرب فسبى لم يجـز استرقاقه، وإن اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه إلا التوبة أو القتل.

فـصل: ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالى من شاء، روى ذلك عن عمـر وعلى وابن مسعـود وابن عباس وابن عـمر ﷺ، وبه قال سـعيد بن المـسيب وطاوس وإياس بن معاوية والزهرى ومالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه، وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء، قال سـعيـد: حدثنا جـرير عن مغيـرة عن إبراهيم قال: قـال عبـد الله: «إنما الولاء كالنسب أفيبيع الـرجل نسبه؟» وقال: حدثنا سفيان عن عمـرو بن دينار أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عـباس وكان مكاتبًا(٢١)، وروى أن ميمونة وهبت ولاء موالـيها للعباس وولاؤهم اليوم لهم، وأن عروة ابتـاع ولاء طهمان لورثة مصعب بن الزبيـر، وقال ابن جريج: قلت لعطاء «أذنت لمولاى أن يوالى من شاء فيجوز؟ قال: نعم.

ولنا: أن النبى ﷺ نهى عن بـيع الولاء وعن هبتـه(٢٢) وقال: «الولاء لحـمة كلحـمة الـنسـب»(٢٣) وقال: «لعن الله من تولـى غير مـواليه»(٢٤) ولأنه مـعنى يورث به فلا ينتـقل كالقرابة، وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور، وترده السنة فلا يعول عليه.

2- مـسألة: (أو عتق عليه برحم).

يعنى إذا ملكه فـعتق عليه بـالملك كان له ولاؤه، لأنه يعـتق من ماله بسبب فـعله فكان ولاؤه له، كما لو باشر عتقه، وسواء ملكه بشراء أو هبة أو إرث أو غنيمة أو غيره لا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافًا (أو كتابة أو تدبير) يعنى إذا كاتبه فأدى إلى مكاتبه وعتق أو عتق بالتدبير فولاؤه لسيده فى قول عامة الفقهاء، وبه يقول الشافعى وأهل العراق.

وحكى ابن سراقـة عن عمرو بن دينار وأبى ثور، أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشـترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاء، كما لو اشتراه أجنبى فأعتقه، وكان قتادة يقول: من لم يشترط ولاء المكاتب فـللمكاتب أن يوالى من يشاء، وقال مكحول: أمـا المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز.

---

(٢١) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٩٥/ ٢٨٠) وذكـره ابن عبد البر فى «التمهيد» (١٦/ ٣٣٤) وقال أيضًا فى (١٦/ ٣٣٦): وهذا عند أهل العلم غير مأخوذ به والذى عليه جماعة العلماء أن الولاء كالنسب لا يباع ولا يوهب. اهـ.

(٢٢) تقدم بوقم (٢) من كتاب الولاء.

(٢٣) تقدم برقم (٥) من كتاب الولاء.

(٢٤) تقدم برقم (٣) من كتاب الولاء.

فصل: ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ولا يرثه ورثته، وإنما يرثون المال به مع بقائه للمعتق، هذا قول الجمهور، وروى نحو ذلك عن عمر وعلى وزيد وابن مسعود وأبى بن كعب وابن عمر وأبى مسعود البدرى وأسامة بن زيد، وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبى والزهرى والنخعى وقتادة وأبو الزناد وابن قسيط[٢٥] ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وداود، وشذ شريح وقال: الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئًا حياته فهو لورثته، ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال، فإن رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة، وذلك لقوله ﷺ: «الولاء للمعتق» وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب لا يورث وإنما يورث به، ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كسائر الأسباب، والله تعالى أعلم.

١٠٥١- **مسألة:** قال: (**ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء، فإن أخذ من ميراثه شيئًا رده فى مثله**).

قال أحمد فى رواية عبد الله: الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده: قد أعتقتك سائبة، كأنه يجعله لله ولا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسلَّمه، عن أبى عمرو الشيبانى عن عبد الله بن مسعود: السائبة يضع ماله حيث شاء، وقال أحمد: قال عمر: السائبة والصدقة ليومهما، ومتى قال الرجل لعبده: أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لى عليك، لم يكن له عليه ولاء، فإن مات وخلف مالاً ولم يدع وارثًا اشتُرى بماله رقاب فأعتقوا فى المنصوص عن أحمد، وأعتق ابن عمر عبدًا سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقابًا فأعتقهم، وقال عمر بن عبد العزيز والزهرى ومكحول وأبو العالية ومالك: يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين، وعن عطاء أنه قال: كنا نعلم أنه إذا قال أنت حر سائبة فهو يوالى من

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب، لأنه يبيعه بماله وما له وكسبه لسيده، فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق، وهو المعتق للمدبر أيضًا بلا إشكال، وقد قال النبى ﷺ: «الولاء لمن أعتق» ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبيهم فيقال: أبو سعيد مولى أبى أسيد، وسيرين مولى أنس، وسليمان بن يسار مولى ميمونة، وكانوا مكاتبين، ويدل على ذلك حديث بريرة أنها جاءت إلى عائشة فقالت: يا أم المؤمنين إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فأعينينى، فقالت عائشة: إن شاءوا أعددت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لى فعلت، فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم، فقال النبى ﷺ: «اشتريها واشترطى لهم الولاء»[1] وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة.

---

(٢٥) هو يزيد بن عبد الله من قسط الليثى المدنى الأعرج التابعى، ثقة، تُوفى سنة اثنتين وعشرين ومائة وبلغ تسعين سنة، تهذيب التهذيب «١/ ٣٤٢»

(1) أخرجه البخارى (١/ ٤٥٦/ فتح) ومسلم (٢/ عتق/ ١١٤١ - ١١٤٥).

شاء، ولعل أحمد رحمه الله ذهب إلى شراء الرقاب استحبابًا لفعل ابن عمر، والولاء للمعتق، وهذا قول النخعي والشعـبى وابن سيرين وراشد بن سعد وضـمرة بن حبيب(٢٦) والشـافـعى وأهل العراق لقـوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وجعله لحـمة كلحمـة النسب، فكما لا يزول نسب إنسـان ولا ولد عن فراش بشـرط لا يزول ولاء عن مـعتق، ولذلك لمـا أراد أهل بريرة اشتراط ولائهـا على عائشة قال لها النبـىّ ﷺ: «اشتريها واشترطـى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق»(٢٧) يعنى أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئًا ولا يزيل الولاء عن المعتق، وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحـبيل قال: «جاء رجل إلى عبد الله فقال: إنى أعتقت عبدًا لى وجعلته سائبة فمات وترك مالاً ولم يدع وارثًا، فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يسيبون وإن أهل الجـاهلية كانوا يسيبون وأنت ولى نعمـته، فإن تأثمتَ وتحرَّجْتَ من شىء فنحن نقبله ونجعله فى بيت المال(٢٨)، وقال سعيـد ثنا هشيم ثنا بشر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فماتوا فكتب إلى عـمر ؓ فكتب عمر: أن ادفع مال الرجل إلى مولاه فإن قبله وإلا فـاشتر به رقابًا فأعـتقهم عنه(٢٩)، وقال: ثنا هشـيم عن منصور أن عـمر وابن مسعود قالا فى ميـراث السائبة هو للذى أعتقه(٣٠)، وهذا القول أصح فى الأثر والنظر، وفى المواضع التى جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو فى مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر فى ميراث معتقه وفـعل عمر وابن مسعود فى ميراث الذى تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روى أن سالمًا مولى أبى حذيفة أعْتَقَتْه لُبْنَى بنت يَعار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاها عمر نصف مـاله وجعل النصف فى بيت المال، وعلى القول المنصـوص عن أحمد إن خلف السائبـة مالاً اشتـرى به رقاب فأعـتقوا، فـإن رجع من ميراثـهم شىء اشترى به أيضًـا رقاب فأعتقوا، وإن خلف السائبـة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى بباقـيه رقاب فأعتقوا ولا يرد على ذى الفرض.

فـصل: وإن أعتق عبدًا عن كـفارته أو نذره أو من زكاته، فقال أحمد فى الذى يعتق من زكاته: إن ورث منه شـيئًا جـعله فى مثله، قال: وهذا قـول الحسن وبه قال إسـحاق، وعلى قياس ذلك: العتق من الكفارة والنذر، لأنه واجب عليـه، وقد روى عن أحمد رحمه الله، أنه قال فى الذى يعتق فى الزكاة: ولاؤه للذى جرى عِتْقُه على يديه، وقال مالك والعنبرى: ولاؤه

(٢٦) هو ضمرة بن حبيب بن صهيب الزبيدى الحمـصى التابعى مؤذن المسجد الجامع بدمشق، ثقة، توفى سنة ثلاثين ومائة، تهذيب التهذيب (٤/ ٤٥٩).

(٢٧) «متفق عليه».

أخرجه البخارى (١/ ٤٥٦/ فتح) ومسلم (٢/ عتق/ ١١٤١ - ١١٤٥/ ٦، ٧، ٨، ١٤).

(٢٨) أخرجه البـخارى (١٢/ ح٦٧٥٣/ فتح) والبيهقى فى «السنن الكبـرى» (١٠/ ٣٠٠) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٩/ ١٦٢٢٣) والحديث لم نجده فى صحيح مسلم.

(٢٩) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٢٢٣) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٠٠، ٣٠١).

(٣٠) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٢٢٤).

لسائر المسلـمين ويجعل فى بيت المال، وقال أبو عـبيد: ولاؤه لصاحب الصـدقة، وهو قول الجمهور فى العتق فى النذر والكفارة لقول النبىّ ﷺ: «الولاء لمن أعتق»(٣١) ولأن عائشة اشترت بريرة بشـرط العتق فأعتقتـها فكان ولاؤها لها، وشرط العتق يوجبـه، ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فأعتق.

ولنا: أن الذى أعتق من الزكـاة معتق من غير مـاله فلم يكن له الولاء كما لو دفـعها إلى الساعى فاشترى بها وأعتق، وكما لو دفع إلى المكاتب مالاً فأداه فى كتابته، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله والعتق فى الـكفارة والنذر واجب عليه، فأشبه العتق من الزكاة، وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكـاة، وعلل بعضهم المنع من ذلك بأنه يجر الولاء إلى نفسه فينتفع بزكاته وهذا قول لأحمد رواه عنه جماعة وهو قول النخعى والشافعى.

١٠٥٢- **مسألة:** قال: (**ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان ولاؤه له**).

ذو الرحم المحرم: القريب الذى يحرم نكاحه عليـه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة، وهم الولدان وإن علوا من قـبل الأب والأم جمـيعًـا والولد وإن سفـل من ولد البنين والبنات والإخـوة والأخوات وأولادهـم وإن سفلوا والأعـمـام والعـمات والأخـوال والخـالات دون أولادهم، فمـتى ملك أحدًا منهم عتق عليه، روى ذلك عن عـمر وابن مسعـود رضي الله عنهما وبه قال الحـسن وجابر بن زيد وعطاء والـحكم وحمـاد وابن أبى ليلى والثـورى والليث وأبو حنيفـة والحـسن بن صالح وشَـرِيك ويحيى بن آدم، وأعـتق مـالك الوالدين والمولودين وإن بَعُـدُوا والإخوة والأخوات دون أولادهم، ولم يعـتق الشافعى إلا عمـودى النسب، وعن أحمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب، ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدًا حتى يعتقه، لقول النبى ﷺ: «لا يجزى ولدٌ والدَه شيئًا إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه» رواه مسلم(٣٢).

ولنا: ما روى الحسن عـن سمرة قال: قال رسـول الله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»(٣٣) رواه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن، ولأنه ذو رحم محرم فيعتق عليه بالملك كعمـودى النسب وكالإخوة والأخوات عند مالك، فأمـا قوله: «حتى يشتريه فيـعتقه» فيحتمل أنه أراد فيشتريه فيعتـقه بشرائه له كما قال ضربه فقتله والضرب هو القتل، وذلك لأن الشراء لما كان يحصـل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه كـما يقال ضربه فأطار رأسه، ومتى عتق عليه فولاؤه له، لأنه يعتق من مـاله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه، وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو إرث أو غيره، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافًا.

---

(٣١) تقدم برقم (٢٧) مسألة رقم (١٠٥٢).

(٣٢) أخرجه مسلم (٢/ عتق/ ١١٤٨/ ٢٥) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ح٥١٣٧) والترمذى فى «سننه» (٤/ ح١٩٠٦) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٣٦٥٩) وأحمد فى «مسنده» (٧١٤٣).

(٣٣) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٤/ ح٣٩٤٩) والترمذى فى «سننه» (٣/ ١٣٦٥) وابن مـاجه فى «سننه» (٢/ ح٢٥٢٤) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٢٠) وهو حديث صحيح.

فـصل: ولا خلاف فى أن المحارم من غير ذوى الأرحـام لا يعتقون على سيدهم، كالأم والأخ من الرضاعة والربيبة وأم الزوجة وابنتها، إلا أنه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لا يجـوز بيع الأخ من الرضاعـة، وروى عن ابن مـسعـود أنه كرهه، والأول أصح، قـال الزهرى: جرت السنة بأن يباع الأخ والأخت من الرضاع، ولأنه لا نص فى عتقهم ولا هم فى معنى المنصوص عليه فيبقون على الأصل، ولأنهما لا رحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبه الربيبة وأم الزوجة.

فـصل: وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه علـى ظاهر كلام أحمد، لأن أحكام الولد غير ثابـتة فيه وهى الميـراث والحجب والمحرمـية ووجوب الإنفاق وثبـوت الولاية له عليه، ويحتمل أن يعتق، لأنه جزؤه حقيقـة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج، ولهذا لو ملك ولده المخالف له فى الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام.

١٠٥٣- **مـسألة:** قال: (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا أعتقا).

هذا قول عامة الفقهاء، وبه يقول الشـافعى وأهل العراق، وحكى ابن سراقة عن عمرو بن دينار وأبى ثور أنه لا ولاء على المكاتب، لأنه اشتـرى نفسه من سيـده فلم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبى فأعتقه، وكان قتادة يقول: من لم يشترط ولاء المكاتب فلمكاتبه أن يوالى من شاء، وقال مكحول: أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز.

ولنا: أن السيد هو المعتـق للمكاتب لأنه يتبعه بماله، وماله وكسبـه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو الـمعتق للمدبر بلا إشكال، وقد قال النبىّ ﷺ: «الولاء لمن أعـتق»[٣٤] ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبيـهم فيقال أبو سعيد مولى أبى أسيـد وسيرين مولى أنس وسليمـان بن يسار مولى ميـمونة، وقد وهبت ولاءه لابن عبـاس وكانوا مكاتبـين، وكذلك أشبـاههم، ويدل على ذلك أن فى حديث بريرة أنهـا جاءت عائشة فـقالت: يا أم المؤمنين إنى كاتبت أهلـى على تسع أواق فأعينينى، فقـالت عائشة: إن شاءوا عددت لهم عَـدَّةً واحدة ويكون ولاؤك لى فعلت، فأبوا أن يبـيعوها إلا أن يكون الولاء لهم، فقال النبىّ ﷺ: «اشتـريها واشترطى لهم الولاء»[٣٥] وهذا يدل على أن الولاء كـان لهم لو لم تشترها منهم عائشة.

فـصل: وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حالٍّ عتق والولاء لسيده، لأنه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما.

فـصل: وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده، لأنه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء، والسيد هو المعتق لهما فكان الولاء له عليهما.

(٣٤، ٣٥) تقدم برقم (٢٧).

١٠٥٤- **مسألة:** قال: (وولاء أم الولد لسيدها إذا ماتت) .

يعنى إذا عتقت بموت سيدها فولاؤها له يرثها أقرب عصبته، وهذا قول عمر وعثمان وبه قال عامة الفقهاء، وقال ابن مسـعود: تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له، وعن ابن عباس نحوه، وعن على: لا تعـتق ما لم يعتقهـا وله بيعها، وبه قـال جابر وابن زيد وأهل الظاهر، وعن ابن عبـاس نحوه، ولذكر الدليل على عـتقها مـوضع غير هذا، ولا خـلاف بين القائلين بعتقـها إن ولاءها لمن عتق عليه، ومذهب الجـمهور أنها تعتق بموت سـيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له، لأنهـا عتقت بفعله من مالـه فكان ولاؤها له كما لو عتقت بـقوله ويختص ميراثها بالولاء بالذكور من عصبة السيد كالمدبر والمكاتب.

١٠٥٥- **مـسـألة:** قـال: (**ومن أعتق عبده عن رجل حـى بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق**) .

وهذا قول الثـورى والأوزاعى والشافعى وأبى حنيـفة وأبى يوسف وداود، وروى عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه، وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له.

ولنا: قـول النبىّ ﷺ : «الولاء للمعـتق»[٣٦] ولأنه أعتق عـبده من غير إذن غـيره له، فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئًا.

١٠٥٦- **مسألة:** قال: (**وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره**) .

وبهـذا قال جمـيع من حكينا قـوله فى المسـألة الأولى إلا أبا حنيفـة ووافقـه أبو يوسف ومحمد بن الحسن وداود، فقالوا: الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء ويلزم العوض ويصيـر كأنه اشتراه ثم وكله فى إعتـاقه، أما إذا كان عن غيـر عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لعموم قوله ﷺ : «الولاء للمعتق» وعن أحمد مثل ذلك.

ولنا: أنه وكيل فى الإعتـاق فكان الولاء للمعتق عنه كمـا لو أخذ عوضًا فإنه كـما يجوز

3- **مسألة:** (أو استيلاد أو وصية بعتقه) .

يعنى إذا عتقت أم الولد بمـوت سيدها فولاؤها له يرثهـا أقرب عصبته، وهذا قـول عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال عـامة الفقهاء، وقال ابن مسعود: تعـتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له، ونحوه عن ابن عباس، وعن على لا تعـتق ما لم يعتقها وله بيعـها، وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر، وعن ابن عباس نحوه، ولذكر الدلـيل على ذلك موضع يذكر إن شاء الله تعالى فى بابه، ولا خلاف بين القائـلين بعتقها أن ولاءها لمن عـتقت عليه، ومذهب الجمـهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال، فـيكون ولاؤها له لأنها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له، كما لو عتقت بقوله، ويختص ولاؤها الذكور من عصبة السيد كالمدبر والمكاتب.

---

(٣٦) تقدم برقم (٢٧).

تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضًا يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضًا، فإن الهبة جائزة فى العبد كما يـجوز البيع، والخبـر مخصوص بمـا إذا أخذ عوضًا وكـسائر الوكلاء فنقيس عليـه محل النزاع.

١٠٥٧- **مـسـألة:** قـال: (**ومن قال أعتق عبدك عـني وعليّ ثمنه، فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه**).

لا نعلم فى هذه المسألة خـلافًا وأن الولاء للمعتق عنه، لكونه أعتقـه عنه بعوض ويلزمه الثمن، لأنه أعتـقه عنه بشرط العوض فيـقدر ابتياعه منه ثم توكـيله فى عتقه ليصح عـتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله فى عتقه.

١٠٥٨- **مسألة:** قال: (**ولو قال: أعتقه والثمن عليّ، كان الثمن عليه والولاء للمعتق**).

إنما كـان الثمن عليه لأنه جعل له جـعلاً على إعتاق عـبده فلزمه ذلك بالعمل، كـما لو قال: من بنى لـى هذا الحائط فله دينار فـبناه إنسان استـحق الدينار والولاء للمعـتق، لأنه لم يأمره بإعتـاقه عنه ولا قصد به المعـتق ذلك فلم يوجد ما يقتضى صـرفه إليه فيبـقى للمعتق، عملاً بقوله ﷺ : «الولاء للمعتق».

فصل: ومن أوصى أن يُعتق عبده(*) **بعد موته فأعتق فالولاء له**، وكذلك لو وصى بعتق عبده ولم يقل عنى فأعـتق كان الولاء له لأن الإعتاق من ماله، وإن أعتق عنه مـا يجب إعتاقه ككفارة ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم.

فـصل: ومن أوصى أن يعتق عنه بعد مـوته فأعتق فالولاء له، وكذلك إن أوصى به ولم يقل عنى فأعتق كان الولاء له، لأن الإعتاق عنه من ماله، فإن أعتق عنه ما يجب عتقه ككفارة ونحوها ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى.

فـصل: ويثبت الولاء للمعتق على المعتق لمـا ذكرنا وعلى أولاده من زوجه معتقه أو من أمتـه، لأنه ولى نعمتهم وعـتقهم بسببه، ولأنهم فرع والفـرع يتبع أصله بشرط أن يكونوا من زوجة معتقه أو من أمته، فإن كانت أمهم حرة الأصل فلا ولاء على ولدها، لأنهم يتبعونها فى الحرية والرق، فيتبعونها فى عدم الولاء إذ ليس عليها ولاء، وكذلك إن كان أبوهم حر الأصل إذا لم يمسسـهم رق، فإن كان قد ثبت ملك فأعتـقوا فولاؤهم لمعتقـهم للحديث، وهو قوله ﷺ : «الولاء لمن أعـتق» ويثبت الولاء للمـعتق على مـعتقـى معتـقتـه، ومعـتقى أولاده، ومعتقهم أبدًا ما تناسلوا، لأنه ولى نعمتهم وبسببه عتقوا فأشبه ما لو باشرهم بالعتق.

4- **مـســألة:** (**ويرث به عند عدم العصبة من النسب، فمتى كان للمعـتق عصبة أو ذوو فروض تستحق فروضهم المال فلا شىء للمولى**).

لا نعلم فى هذا خلافًا، فإن لم يكن له عصبة ولا ذو فرض يرث المال كله فهو للمولى،

(*) فى نسخة «عنه».

١٠٥٩- **مـسـألة:** قـال: (ومن أعتق عبدًا له أولاد من مولاة لقـوم جَرَّ معتق العبد ولاء أولاده).

وجـــملة ذلك: أن الرجل إذا أعتق أمته فتزوجت عــبدًا فأولدها فولدها منه أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا، لكونه سبب الإنعام عليهم بعتق أمهم فصاروا لذلك أحرارًا فإن أعتق العــبد سيده ثبتت له عليه الولاء وجــر إليه ولاء أولاده عن مولى أمهم لأن الأب لما كــان مملوكًــا لم يكن يصلح وارثًا ولا وليّــا فى نكاح فكان ابنه كولد المــلاعنة ينقطع نسبه عن ابنه فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب إليــها، فإذا عتق العبد صلح الانتساب إليه وعاد وراثًا عاقلاً وليًا فعادت النسبــة إليه وإلى مواليه بمنزلة ما لو استلحق الملاعن ولده، هذا قول جمهور الصــحابة والفقهاء، يروى هذا عن عمر وعثمــان وعلى والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والنخعى، وبه قال مالك والثورى والأوزاعى والليث وأبو حنـيفة وأصحابه والشافـعى وإسحاق وأبو ثور، ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لا ينجز عن موالى الأم، وبه قال مالك بن أوس بن الحَدَثان(٣٧) والزهرى وميمون بن مـهران وحميد بن عبد الرحمن وداود، لأن الولاء لُحــمة كلحمة النسب والنسب لا يزول عــمن ثبت له فكذلك الولاء، وقـد روى عن عـثمــان نحــو هذا وعن زيد، وأنكرهما ابــن اللبان، وقال: مـشهور عن عـثمــان أنه قضى بِجَرِّ الولاء للزبيــر على رافع بن خديج.

ولنا: أن الانتـساب إلى الأب، فـكذلك الولاء، ولذلك لو كــانا حرين كــان ولاء ولدها

وإن كان ذو الفرض لا يرث جمـيع المال فالباقى للمولى، لما روى الحــسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الميراث للعصبة، فإن لم يكن عصبة فللمولى»(2) وعنه أن رجلاً أعتق عبدًا فقال للنبى ﷺ: ما ترى فى ماله؟ قال: «إن مات ولم يدع وارثًا فهو لك»(3) ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التــحريم والنفقة وســقوط القصاص ورد الشهــادة ولا يتعلق ذلك بالولاء.

5- **مـسألة:** (ثم يرث به عصباته الأقرب فالأقرب).

وجــملة ذلك أن العتيق إذا لم يخلف من نسبه من يرثه كــان ماله لمولاه، فإن كان مولاه ميتًا فهو لأقرب عصبته سواء كــان ولدًا أو أخًا أو عمّا أو أبًا أو غيره من العصبات، سواء كان

---

(٣٧) مالك بن أوس بن الحدثان بن الحارث بن عوف الفقيه، الإمام، الحجة، أبو سعيد، ويقال: أبو سعيد النصرى الحجازى المدنى، أدرك حياة النبى ﷺ، شهـد الجابية وفتح بيت المقدس مع عمر، مات سنة اثنين وتسعين، وقال ابن الأثير: هو من ولد نصر بن معاوية، ومات وله أربع وتسعون سنة.
تهذيب السير (٤٤٣) والكامل فى التاريخ (٤/ ٥٦٩)

(2) أخرجه ابن منصور فى سننه (١/ ٢٨١) وهو حديث مرسل.

(3) أخرجه البيهقى مرسلاً فى «السنن» (٦/ ٢٤٠) وابن ماجه بنحوه بسند ضعيف (٢/ ٢٧٤١).

لمولى أبيه، فلما كان مملوكًا، كان الولاء لمولى الأم ضرورة، فإذا أعتق العبد الأب زالت الضرورة فعادت النسبة إليه والولاء إلى مواليه، وروى عبد الرحمن عن الزبير: «أنه لما قدم خيبر رأى فتية لُعْسًا(٣٨)، فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم، فقيل له: موالى رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحُرَقَة(٣٩)، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه، وقال لأولاده: انتسبوا إلىَّ، فإن ولاءكم لى، فقال رافع بن خديج: الولاء لى، فإنهم عَتَقُوا بعتقى أُمَّهم، فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير، فاجتمعت الصحابة عليه، اللعس: سواد فى الشفتين تستحسنه العرب، ومثله اللَّمَى قال ذو الرمة:

لمياءُ فى شفتيها حُوَّةٌ لَعَسٌ وفى اللِّثات وفى أنيابها شَنَبُ(٤٠)

فصل: وحكم المكاتب يتزوج فى كتابته، فيأتى له أولاد، ثم يعتق، حكم العبد القن فى جر الولاء، وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة، لأنهم عبيد، فإن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم.

فصل: إذا انجر الولاء إلى موالى الأب ثم انقرضوا عاد الولاء إلى بيت المال، ولم يرجع

المعتق ذكرًا أو أنثى، فإن لم يكن له عصبة من أقاربه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الأقرب فالأقرب ثم لمولاه وكذلك أبدًا، روى هذا عن عمر رضي الله عنه، وبه قال الشعبى والزهرى وقتادة ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأبو حنيفة وصاحباه، وروى عن على رضي الله عنه ما يدل على أن مذهبه فى امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لأخيها وابن أخيها دون ابنها، وروى عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة، فروى عن إبراهيم أنه قال: اختصم على والزبير فى موالى صفية بنت عبد المطلب فقال على: أنا أحق بهم أنا أرثهم وأعقل عنهم، وقال الزبير: هم موالى أمى وأنا أرثهم، فقضى عمر للزبير بالميراث والعقل على علىٍّ(4) رواه سعيد ورواه أبو معاوية بن عبيدة الضبى عن إبراهيم وقال: ثنا هشيم حدثنا الشيبانى عن الشعبى قال: قضى بولاء موالى صفية للزبير دون العباس وقضى فى أم هانئ بنت أبى طالب لابنها جعدة بن هبيرة دون على، وروى الإمام أحمد بإسناده عن زياد بن أبى مريم أن امرأة أعتقت عبدًا لها ثم توفيت وتركت ابنًا لها وأخاها، ثم توفى مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ فى ميراثه فقال ﷺ: «ميراثه لابن المرأة» فقال أخوها:

---

(٣٨) لُعْسًا: قال ابن الأثير: اللعس جمع العس وهو الذى فى شفتيه سواد، وقال الأصمعى: اللُّعْس: الذين فى شفاههم سواد وهو مما يستحسن اهـ.

(٣٩) آل الخرَقَة: بطن من جهينة وقيل هى ناصية بعُمان ينسب إليها أبو الشعثاء جابر بن زيد اليحمدى الأزدى الحُرَقى، أحد أئمة السنة من أصحاب عبد الله بن عباس، معجم البلدان (٢/ ٢٤٣).

(٤٠) البيت فى اللسان، مادة: لعس. الشنب: برد وعذوبة فى الأسنان، أو تحديد الأنياب ودقتها.

(4) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٢٧٤).

إلى مــوالى الأم بحــال، فى قول أكثر أهل العلم، وحكى عن ابن عــباس أنه يعود إلى موالى الأم، والأول أصح، لأن الولاء جـرى مجـرى الانتــساب، ولو انـقرض الأب وآباؤه لم تعـد النسبة إلى الأم كذلك الولاء، فإذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الأب كان ولاء ولدها لموالى أبيه بلا خلاف، فإن نفــاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالى الأم، لأنا نتبــين أنه لم يكن له أب ينتسب إليه، فإن عاد فاستلحقه فعاد الولاء إلى موالى الأب.

فصل: ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة:

أحدها: أن يكون الأب عبدًا حين الولادة، فإن كان حرّا وزوجته مولاة، لم يخل، إما أن يكون حر الأصــل فلا ولاء عليه ولا على ولده بــحال، وإن كان مــولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء، ولا حر فيه.

الثانى: أن تكون الأم مولاة، فإن لم تكن كذلك لم تخل، إما أن تكون حرة الأصل، فلا ولاء على ولدها بحال، وهم أحرار بحريتها، أو تكون أمة فـولدها رقيق لسيدها، فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجرُّ عنه بحــال، سواء أعتقهم بعــد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملاً بهم فعــتقوا بعتقــها، لأن الولاء يثبت بالعتق مبــاشرة، فلا ينجر عن المــعتق، لقولهِ ﷺ: «الولاء لمن أعــتق»[٤١] وإن أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشــهر، فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة، فلا ينجر ولاؤه، وإن أتت به لأكــثر من ستة أشهر مع بقــاء الزوجية، لم يُحْكَم بمسٍّ الرق له

يا رسول الله لو جر جريرة كانت عليَّ ويكون ميراثه لهذا؟ قال: «نعم»[5] وروى بإسناده عن سعــيد بن المســيب أن رسول الله ﷺ قال: المــولى أخ فى الدين ومولى نعــمة يرثه أولى الناس بالمــعــتق[6]، إذا ثبت هذا فإن المعــتقة لو خلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيــها ثم مات مولاها فميراثه لابنها، وإن مات ابنها بعدها وقبل مولاها وترك عصبة كأعمامه وبنى أعمامه ثم مات العبد وترك أخا مولاته وعصبة ابنها فميراثه لأخى مولاته، لأنه أقرب عصبة المعتق، فإن المرأة لو كانت هى الميتة لورثها أخوها وعصبتها، فإن انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة ابنها يروى هذا عن على، وبه قال أبان بن عثمــان وقبيصة بن عثمان وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والشافعى وأهل العراق، وروى عن على رواية أخرى أنه لعصبة الابن،

---

(٤١) تقدم برقم (٢٧).

(5) أخرجــه الدارمى فى «سننه» (٢/ ح٣٠٠٩) وليس فى المسند ولا فى مــجمع الزوائد للهيــثمى، وفى الدارمى من طريق خصــيف عن زياد بن أبى مريم به، وفى آخــره: لو أنه جر جريــرة على من كانت؟ قال: عليك، وخصيف هذا هو ابن عبد الرحــمن الجزرى، صدوق سيئ الحفظ وخلط فى آخره ورمى بالإرجاء كما فى التقريب (١/ ٢٢٤).

(6) أخرجه الدارمى فى سننه (٢/ ح٣٠٠٦) والبيهقى فــى «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٠٤) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٩٤) كلهم عن الزهرى مرسلاً، وإسناده ضعيف.

وانجر ولاؤه، لأنه يحتمل أن يكون حادثًا بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك، وإن كانت المرأة بائنًا وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب، وكان ولاؤه لمولى أمه، وإن أتت به لأقل من ذلك لحقه الولد وانجر ولاؤه، وولد الأمة مملوك، سواء كان من نكاح أو من سفاح عربيًا كان الزوج أو أعجميًا، وهذا قول عامة الفقهاء، وعن عمر: إن كان زوجها عربيًا فولده حر وعليه قيمته، ولا ولاء عليه، وعن أحمد مثله، وبه قال ابن المسيب والثورى والأوزاعى، وأبو ثور، وبه قال الشافعى فى القديم ثم رجع عنه، والأول أولى لأن أمهم أمة فكانوا عبيدًا، كما لو كان أبوهم أعجميًا.

الثالث: أن يعتق العبد سيده، فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال، وهذا لا خلاف فيه، فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم فى الأب بعد موته، فقال سيده: مات حرًا بعد جر الولاء، وأنكر ذلك مولى الأم، فالقول قول مولى الأم، ذكره أبو بكر، لأن الأصل بقاء الرق، وهذا مذهب الشافعى.

فصل: فإن لم يعتق الأب، ولكن عتق الجد، فقال أحمد: الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه، عن أحمد: أنه يجره، وبه قال شريح والشعبى والنخعى وأهل المدينة، وابن أبى ليلى، والحسن بن صالح، وابن المبارك، وأبو ثور، وضرار ابن صرد، والشافعى فى أحد قوليه، فإن أعتق الأب بعد ذلك جره عن موالى الجد إليه، لأن

وروى ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح، وهذا مبنى على أن الولاء يورث كما يورث المال، وقد روى عن أحمد نحو هذا، واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده أن رئاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثًا غلمة فماتت أمهم فورثوا عنها ولاء مواليها، وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها فأخرجهم إلى الشام فماتوا، فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالاً فخاصمه إخوتها إلى عمر، فقال: قال رسول الله ﷺ: «ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان» قال: وكتب له كتابًا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر فنحن فيه إلى الساعة، رواه أبو داود وابن ماجه[7] والصحيح الأول، فإن الولاء لا يورث على ما نذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ وإنما يورث به وهو باق للمعتق يرثه به أقرب عصباته، ومن لم يكن من عصبة أمه لم يرث شيئًا وعصبة الابن غير عصبة أمه فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها، وحديث عمرو بن شعيب غلط، قال أحمد: الناس يغلطون عمرو بن شعيب فى هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا فى ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم إلا أن يكون الأب والجد مع البنين والجد مع الإخوة على ما

---

(7) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٩١٧) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٢٧٣٢) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٧) وإسناده حسن، وذكره الألبانى فى «الصحيحة» (٢٢١٣).

الجد يقـوم مقام الأب فى التعـصيب وأحكام النسب، فكذلك فى جر الولاء، وقـال زفر: إن كان الأب حيّا، لم يجر الجد الولاء، وإن كان ميتًا جره، وهو القول الثانى للشافعى.

ولنا: أن الأصل بقاء الولاء لمـستحقـه، وإنما خولف هذا الأصل للاتفـاق على أنه ينجر بعتق الأب، والجد لا يساويه، بدليل: أنه لو عتق الأب بعـد الجد جره عن موالى الجد إليه، ولو أسلم الجد لم يتبـعه ولد ولده، ولأن الجد يدلى بغيره ولا يستقـر الولاء عليه، فلم يجر الولاء كالأخ، وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن ينجر الولاء إليه كالأخ، وعلى القول الآخر لا فرق بين الجد القـريب والبعيد، لأن البعيد يـقوم مقام الأب كقيام القـريب، ويقتضى هذا أنه متى عتق البـعيد فجـر الولاء، ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليـه ثم إن عتق الأب جر الولاء، لأن كل واحد يحـجب من فوقه ويسقط تعـصيبه وإرثه وولايته، ولو لم يـعتق الجد، لكن كان حرّا وولده مملوك فتزوج مـولاة قوم فأولدها أولادًا فولاؤهم لمولى أمهم، وعند من يقول يجـر الجد الولاء يكون لمولى الجـد، وإن لم يكن الجد مولى بل كان حـر الأصل فلا ولاء على ولد أبيه، فإن أعتق أبوه بعد ذلك، لم يعد على ولده ولاء، لأن الحرية ثبتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليه ولاء كالحر الأصلى.

فـصل: وإذا كان أحد الزوجين الحـرين حر الأصل فلا ولاء على ولدهما، سواء كـان

نذكره، فإن اجـتمع لرجل منهم فرض وتعصيب كـالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابنى عم ورث بما فيه من التـعصيب دون الفرض، فإن كانا عصبـات فى درجة واحدة كالبنين وبنيهم والإخـوة وبنيهم والأعمام وبنيـهم اقتسموا المـيراث بالسوية، وهذا كله لا خـلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة.

فـصل: ويقدم المولى فى الميراث على الرد وذوى الأرحـام فى قول جمهور العلماء من الصـحابة والتـابعين ومن بعـدهم، فإذا مات رجل فـخلف بنته ومولاه فلبنتـه النصف والباقى لمولاه، وإن خلف ذا رحم ومـولاه فالمال لمولاه خـاصة، وعن عمـر وعلى يقدم الرد على المولى، ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ (الأنفال: ٧٥).

ولنا: حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن، ولأنه عصبة يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوى الرحم كابن العم.

6- **مسألة:** (وعنه فى المكاتب إذا أدى إلى الورثة أن ولاءه لهم).

لأنه انتقل إليهم أشـبه ما لو اشتروه، وإن أدى إليهـما فولاؤه بينهما، لأنهمـا اشتركا فى أدائه إليهمـا فاشتركا فى اسـتحقاق ولائه كالشـريكين، والرواية الأخرى ولاؤه للمكاتب، لأن عتقه بكتابته هى من سيده.

7- **مسألة:** (ومن كان أحد أبويه الحرين حر الأصل فلا ولاء عليه).

الآخر عربيًا أو مولى، لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقًا فى إبقاء[٤٢] الرق والولاء فلأن يتبعها فى نفى الولاء وحده أولى، وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه، فلأن يتبعه فى سقوط الولاء عنه أولى، وهذا قول أكثر أهل العلم، وسواء كان الأب عربيًا أو أعجميًا، وقال أبو حنيفة: إن كان أعجميًا والأم مولاة ثبت الولاء على ولده، وليس بصحيح، لأنه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربيًا، وسواء كان مسلمًا أو ذميًا أو حربيًا أو مجهول النسب أو معلومه، وهذا قول أبى يوسف ومالك وشريح[٤٣]، وقال القاضى: إن كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الأم إن كانت مولاة، قال ابن اللبان: وهذا ظاهر مذهب الشافعى، وقال الخبرى: وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وأحمد لأن مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود وإنما امتنع فى محل الوفاق بحرية الأب، فإذا لم يكن معلومه فقد وقع الشك فى المنافع[٤٤] فيبقى الأصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضى مع الشك فى المانع.

ولنا: أن الأب حر محكوم بحريته فأشبه معروف النسب ولأن الأصل فى الآدميين الحرية وعدم الولاء، فلا يترك هذا الأصل بالوهم فى حق الولد كما لم يترك فى حق الأب، وقولهم: مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود، ممنوع فإنه إنما ثبت لمولى الأم بشرط رق الأب

وجملته أنه إذا كان أحد الزوجين حر الأصل فلا ولاء على ولدهما، سواء كان الآخر عربيًا أو مولى، لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقًا فى انتفاء الرق والولاء، فلأن يتبعها فى نفى الولاء وحده أولى، وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه، فلأن يتبعه فى سقوط الولاء عنه أولى، وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة: إن كان الأب أعجميًا والأم مولاة ثبت الولاء على ولده، وليس بصحيح، لأنه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربيًا، وسواء كان مسلمًا أو ذميًا أو حربيًا مجهول النسب أو معلومه، وهذا قول أبى يوسف ومالك وابن شريح، وقال القاضى: إن كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الأم إن كانت مولاة، قال ابن اللبان: هذا ظاهر مذهب الشافعى، وقال الخبرى: هذا قول أبى حنيفة ومحمد وأحمد، لأن مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود، وإنما امتنع فى محل الوفاق لحرية الأب، فإذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك فى المانع فيبقى على الأصل، ولا يزول اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضى مع الشك فى المانع.

ولنا: أن الأب حر محكوم بحريته أشبه معروف النسب، ولأن الأصل فى الآدميين الحرية وعدم الولاء، فلا يترك هذا الأصل بالوهم فى حق الولد كما لم يترك فى حق الأب،

---

(٤٢) فى نسخة: انتفاء. (٤٣) فى بعض النسخ: ابن سُرَيْج. (٤٤) فى نسخة: المانع.

وهذا الشرط منتف حكمًــا وظاهرًا، وإن سلمنا وجود المقتـضى فقد ثبت المانع حـكمًا، فإن الأب حريته ثابتة حكمًــا فلا تعويل على ما قالوه، وإن كان الأب مـولى والأم مجهولة النسب فلا ولاء عليه فى قولنا، وقياس قول القــاضى والشافعى أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه، لأنا شككنا فى المانع من ثبوته.

ولنا: ما ذكرنا فى التى قبلها، ولأن الأم لا تخلو من أن تكون حرة الأصل فلا ولاء على ولدها، أو أمة فيكون ولدها عبدًا، أو مولاة فـيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه، والاحتمال الأول راجح لوجهين: **أحدهما:** أنه محكوم به فى الأم فيجب الحكم به فى ولدها، **الثانى:** أنه معتــضد بالأصل فإن الأصل الحرية ثم لو لم يتــرجح هذا الاحتمال لكان الاحــتمال الذى صاروا إليـه معارضًا باحـتمالين كل واحد منهـما مســاو له فترجيـحه عليهمــا تحكم لا يجوز المصير إليه بغير دليل، وهذا وارد عليهم فى المسألة الأولى أيضًا.

فصل: إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما ، فإن نفاهما باللعان عاد ولاؤهما إلى مولى أمهما فإن مات أحدهما فميراثه لأمه ومواليهما فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من موالى الأم، ولو كان أبوهما عبدًا ولم ينفهما وورث موالى الأم الميت منهما ثم أعتق الأب انجر الولاء إلى موالى الأب ولم يكن لهم «ولاء وللأب»(٤٥)

وقولهم: مــقتضى ثبــوته لمولى الأم موجــود، ممنوع فإنــه إنما يثبت لمــولى الأم بشرط رق الأب، وهذا الشرط منتف حكمًا وظاهرًا، وإن سلمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانع حكمًا، فإن حرية الأب ثابتة حكمًــا فلا تعويل على ما قالوه، فأما إن كان الأب مــولى والأم مجهولة النسب فلا ولاء عليه فى قولنا، وقياس قول القــاضى والشافعى ثبوت الولاء عليه لمولى أبيه، لأنا شككنا فى المانع من ثبوته.

ولنا ما ذكرناه فى التى قبلهــا، ولأن الأم لا تخلو من أن تكون حرة الأصل فلا ولاء على ولدها، أو أمة فيكون ولدها عبدًا، أو مولاة فـيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه، والاحتمال الأول راجح لوجهين: **أحدهما:** أنه محكوم به فى الأم فيجب الحكم به فى ولدها، **الثانى:** أنه معتضــد بالأصل فإن الأصل الحرية، ثم لو لم يترجح هذا الاحتمــال لكان الاحتمال الذى صاروا إليه معارض باحتمالين كل واحد منهما مساوٍ له فنرجحه عليهما بحكم لا يجوز المصير إليه بغير دليل، وهذا وارد عليهم فى المسألة الأولى أيضًا.

8- مسألة: (ومن أعتق سائبة فى نذره أو زكاته أو كفارته ففيه روايتان: إحداهما: له عليه الولاء، والثانية: لا ولاء له عليه، وما رجع من ميراثه رد فى مثله يشترى به رقابًا يعتقهم) .

قال أحمد فى رواية عبد الله: الرجل يعتق عبده ســائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله لا يكون ولاؤه له قد جعلــه لله وسلمه، وعن أبى عمرو الشيبانى عن ابن

---

(٤٥) فى نسخة: ولا للأب.

استرجاع الميراث لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب، ويفارق الأب إذا أكذب نفسه لأن النسب ثبت من حين خلق الولد.

فصل: وإذا تزوج عبد معتقة فاستولدها أولادًا فهم أحرار وولاؤهم لمولى أمهم، فإن اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه ولاء أولاده كلهم ويبقى ولاء المشترى لمولى أمه لأنه لا يكون مولى نفسه، وهذا قول جمهور الفقهاء: مالك فى أهل المدينة وأبو حنيفة فى أهل العراق والشافعى، وشذ عمرو بن دينار المدنى فقال: يجر ولاء نفسه فيصير حرّا لا ولاء عليه، قال ابن شريح(٤٦): ويحتمله قول الشافعى ولا يعول على هذا القول لشذوذه، ولأنه يؤدى إلى أن يكون الولاء ثابتًا على أبويه دونه مع كونه مولودًا لهما فى حال رقهما أو فى حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا فى الأصول، ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها لكن لو اشترى هذا الولد عبدًا فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فإنه ينجر إليه ولاء سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء بإعتاقه إياه وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبيه وجره ولاءه بإعتاقه إياه، ولا يمتنع مثل هذا كما لو أعتق الحربى عبدًا فأسلم ثم أسر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء، وكما جاز أن يشتركا فى النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء، وإن تزوج ولد المعتقة معتقة فأولدها ولدًا فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه ولاء أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقيهم ويبقى ولاء المشترى لمولى أم أبيه، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حرّا لا ولاء عليه.

فصل: إذا تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولدًا فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولدًا فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه فى أحد الوجهين، لأن له الولاء على أبيه فكان الولاء له عليه كما لو كان مولى جده، ولأن الولاء الثابت على الأب يمنع ثبوت الولاء لمولى الأم.

مسعود والسائبة يضع ماله حيث شاء، وقال أحمد: قال عمر: قال الصدقة والسائبة ليومهما ومتى قال الرجل لعبده، أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لى عليك: لم يكن له عليه ولاء، فان مات وخلف مالاً ولم يدع ورثة اشترى بماله رقاب فأعتقوا فى المنصوص عن أحمد، وأعتق ابن عمر عبدًا سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقابًا فأعتقهم.

والرواية الثانية: الولاء للمعتق، وهو قول الشعبى والنخعى وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعى وأهل العراق، لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»(8) وقوله «الولاء لُحمة كلُحمة النسب»(9) ولعل أحمد ذهب إلى شراء الرقاب استحبابًا لفعل ابن عمر، وقال

---

(٤٦) فى نسخة: سريج.

(8) تقدم برقم (١) فى أول الكتاب. (9) تقدم برقم (٥) مغنى مستوفيًا من كتاب الولاء.

والوجـه الثـانى: ولاؤه لمولى أمـه لأن الولاء الثابت على ابنه من جهة أمــه، ومثل ذلك ثابت فى حق نفسه، وما ثبت فى حـقه أولى مـما ثبت فى حق أبيه، ألا تـرى أنه لو كان له مولى ولأبيه مولى كان مولاه أحق به من مولى أبيه، فإن كان له مولى أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك فعلى الوجه الأول يكون لمولى أم الجد، وعلى الثانى يكون لمولى الأم.

فـــصل: وإن تزوج معتق بمعتــقة فأولدها بنتًا وتزوج عبد بمعتــقة فأولدها ابنًا فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولدًا فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه، لأن له الولاء على أبيه، وإن تزوجت بنت المعتــقين بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيهــا، لأن ولاءها له، فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبى الأم على الوجه الأول، لأن مولى أبى الأم يثبت له الولاء على أبى الأم فكان مقدمًا على المعتقين أمها ويثبت له الولاء عليها.

عمر بن عبد العزيز والزهرى وأبو العالية ومكحــول ومالك: يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين، وعن عطاء قال: إذا قال: أنت حــر سائبة يوالى من شاء، والقول بثبوت الولاء لـلمعتق أظهر للأحاديث، ولأن الولاء لحمة كلحمــة النسب، وكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن معتق، ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال النبى ﷺ: «اشتريها واشــترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق» يريد أن اشــتراط تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئًا ولا يزيل الولاء.

وروى مسلــم بإسناده عن هزيل بن شرحــبيل قــال: جاء رجل إلى عــبد الله فــقال: إنى أعتقت عبدًا لى وجعلته سائبة فمات وترك مالاً ولم يدع وارثًا، فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يسيبــون، وإن أهل الجاهلية كانوا يسيــبون، وأنت ولى نعمته، فــإن تأثمت وتحرجت عن شىء فنحن نقبله ونجــعله فى بيت المال[10]، وقال سعيــد: ثنا هشيم عن بسر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فماتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر أن ادفع مال الرجل إلى مولاه، فإن قــبله وإلا فاشتر به رقابًا فأعــتقهم عنه[11]، وثنا هشــيم عن منصور أن عــمر وابن مسعود قالا فى ميــراث السائبة: هو للذى أعتقه[12] قال شيــخنا: وهذا القول أصح فى الأثر والنظر لما ذكرنا، وفى المواضع التى جــعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو فى مــثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كــفعل ابن عمر فى ميراث عتيقه، وفــعل ابن عمر وابن مسعود فى الميراث الذى تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روى أن سالمًا مولى أبى حذيفة أعتقته لبنى بنت يعار ســائبة فقــتل وترك ابنة فأعطاها عمــر نصف ماله وجعل النصــف فى بيت المال، وعلى القول الــمنصوص عن أحــمد الذى ذكــره الخرقى: إذا خلف السـائبة مــالاً اشتــرى به رقاب

---

(10) أخرجه البخارى (١٢/ ح٦٧٥٣/ فتح).

(11) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ح٢٢٣).

(12) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ح٢٢٤).

فصل: فى دور الولاء

إذا تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشتـرتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء وتجر كل واحدة منهما نصف ولاء أختـها إليها، لأنها أعتقـت نصف الأب ولا ينجر الولاء الذى عليها ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها، فإن مـات الأب فماله لهما ثلثاه بالبنوة وباقيه بالولاء فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب ونصف الباقى بأنها مولاة نصفها فصـار لها ثلاثة أرباع مالها والـربع الباقى لمولى أمهـا، فإن كانت إحـداهما ماتت قبل أبيـها فمالها لأبيهـا، ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيهـا، لكونها بنته ونصف الباقى وهو الربع، لكونها مولاة نصفـه يبقى الربع لموالى البنت التى ماتت قبله فنصـفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى أم الميتة الثمن، فإن ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لمواليـها نصفه لمولى أمها ونصفه لمولى أختها الميـتة وهم أختها وموالى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقى يرجع إلى هـذه الميتة، فهذا الجزء دائر لأنه خرج من هذه الميتـة ثم دار إليها فقال القـاضى: يجعل فى بيت المال، لأنه لا مسـتحق له نعلمه، وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعى.

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين: هو لمـولى أم الميتة، وهذا قول الجمهور، وهاتان المسألتان أصل فى دور الولاء وفـيها أقوال شاذة سوى ما ذكرناه، وهذا أصح مـا قيل فيها إن شاء الله، فإن مـاتت الابنتان قبل الأب ورث مـالهما بالنسب، فإن مـات بعدهما فمـاله يُقَسَّم

فأعتقوا، فإن رجع من ميراثه شيء اشترى به أيـضًا رقاب فأعتقوا، وإن خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى بباقيه رقاب فأعتقوا ولا يرد على أهل الفرض

فـصل: فإن أعتق من زكاته وعن كفارته أو نذره فقال أحمد فى الذى يعتق من زكاته: إن ورث منه شيـئًا جعـله فى مثله، وقال: هذا قول الـحسن وبه قال إسحاق، وعلـى قياس ذلك العتق من الكفـارة والنذر، لأنه واجب عليه، وقـد روى عن أحمد أنه قـال فى الذى يعتق فى الزكاة: ولاؤه للذى جرى عتقه على يديه، وقال العنبرى ومالك: ولاؤه لسائر المسلمين يجعل فى بيت المال، وقال أبو عبيد: ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور فى العتق فى النذر والكفارة لقـول النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأن عـائشة رضي الله عنها اشتـرت بريرة بشرط العتق فأعتقتها فكان ولاؤها لها وشرط العتق يوجبه، ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له لمن شرط عليه العتق فأعتق.

ولنا أن الذى أعتق من الزكـاة أعتق من غير مـاله فلم يكن الولاء له، كما لو دفـعها إلى الساعى فاشترى بها وأعتق، وكما لو دفع إلى المكاتب مالاً فأداه فى كتابته وفارق الذى اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله، والعتق فى الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة.

على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم: سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها يقسمــان أيضًا لموالى أمها سهــم وسهم دائر يرجع إلى بيت المال فيحـصل لبيت المال الربع ولمولى أمـها ثلاثة أرباع، فإن كن ثلاثًا ماتت إحـداهن قبل الأب والأخرى بعـده فمال الأب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقى بولائهما عليه وثلث الباقى بولائهما على أختهـما ويبقى لمـولى الأم سهم، ومال الثانيـة على ثمانية عـشر للحية تسـعة بالنسب وثلاثة بولائها عليهـا ولمولى أمها ثلاثة ويبقى ثلاثة لموالى المـيتة الأولى للحية سهم ولـمولى أمها سهم ويبقى سهم دائر فمن جعله لبيت المـال دفعه إليه ومن جعله لمولى الأم فهو له ومن لم يدفعه قسمه بين الحية ومولى الأم نصفين وترجع بالاختصار إلى أربعة فإن كانت أمهاتهن شتى فمن اثنى عـشر، فإن اشتـرى الابنتان أباهما ثم اشتـرى أبوهما هو والكبرى جدهمـا ثم مات الأب فمـاله بينهم أثلاثًا، ثم إذا مـات الجد وخلف ابنتـى ابنة فلهمـا الثلثان وللكبـرى نصف الباقى لـكونها مولاة نصـفه، يبـقى السدس لموالـى الأب لأنه مولى نصف الجد وهـم ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه وللصغرى ربعه وسدسه، فإن كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لأبيهما فالجواب فيها كالتى قبلها.

9- **مسألة: (ومن أعتق عبده عن حى بلا أمره أو عن ميت فالولاء للمعتق).**

هذا قول الثـورى والأوزاعى وأبى حنيفـة والشافـعى وأبى يوسف وداود، وروى عن ابن عباس أن ولاءه لـلمعتق عنه، وبه قال الحـسن ومالك وأبو عبيـد، لأنه أعتقه عن غـيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له.

ولنا: قول النبـى ﷺ: «الولاء لمن أعتق»(13) ولأنه أعتق عبـده من غير إذن له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئًا.

10- **مسألة: (وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه).**

وهذا قول جـميع من حكينا قـوله فى المسألة الأولى إلا أبا حـنيفة، ووافـقه محـمد بن الحسن وداود فقالوا: الولاء لـلمعتق إلا أن يعتقه عنه بعوض فـيكون له الولاء ويلزمه العوض ويصير كأنه اشتراه ثم وكله فى إعتاقه، أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لما ذكرنا من الحديث وعن أحمد مثل ذلك.

ولنا: أنه وكيل فى الإعتـاق فكان الولاء للمعتق عنه كمـا لو أخذ عوضًا فإنه كـما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضًا يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضًا، فإن الهبة تجوز فى العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضًا وسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع.

11- **مسألة: (وإذا قال: أعتق عبدك عنى وعلىّ ثمنه، ففـعل فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه).**

---

(13) تقدم برقم (8).

باب ميراث الولاء

يعنى والله أعلم الميراث بالولاء وأضـاف الميراث إليه، لأنه سببـه فإن الشيء يضاف إلى سببه كما يقـال: دية الخطأ ودية العمد، وإنمـا قلنا ذلك لأن الولاء لا يورث وإنما يورث به وهذا قول الجـمهور، روى نحو ذلك عن عـمر وعثمـان وعلى وزيد وابن مسعود وابن عـمر وأسامة بن زيد وأبى مـسعود البدرى وأبى بن كعب، وبه قـال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سيريـن وقتادة والشعبى وإبراهيم ومالك والشافـعى وأهل العراق وداود، وجعل شريح الولاء موروثًا كالمال.

ولنا: قـول النبى ﷺ: «إنمـا الولاء لمن أعـتق»(١) وقـوله: «الولاء لحمـة كلحمـة النسب»(٢) والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء، ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على المعتق، وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء.

قال شـيخنا: لا نعلم خلافًـا فى هذه المسألة وأن الولاء للمـعتق عنه، لكونه أعتـقه عنه بعوض، ويلزمـه الثمن، لأنه أعتقه عنـه بشرط العوض فنقدر ابتـياعه منه ثم توكيله فى عـتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله فى عتقه.

12- **مسألة: (ولو قال: أعتقه والثمن على ففعل فالثمن عليه).**

والولاء للمعتق، إنمـا كان الثمن عليه لأنه جعل له جـعلاً على إعتاقه عـبده فلزمه ذلك بالعمل، كما لو قال: من بنى لى هذا الحائط فله دينار، فبناه إنسان استحق الدينار، وإنما كان الولاء للمعتق، لأنه لم يأمره بإعتاقه عنه ولا قصـد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضى صرفه إليه فيبقى للمعتق، عملاً بقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق».

13- **مـسـألة: (وإن قال الكافر لرجل: أعـتق عبدك المسلم عنى وعلى ثمنه فـفعل فهل يصح؟ على وجهين).**

أحـدهمـا: لا يصح، لأنه يلزم منه أن يتـملك الكافـر، ولذلك لا يجوز، لأنه إضـرار بالمسلم، **والثـانى**: يصح ويعتق، لأنه إنما يتملكه زمنًا يسيرًا ولا يتسلمه فيتحمل هذا الضرر اليسير لأجل تحصيل الحرية للأبد.

14- **مسألة: (وإن أعتق عبدًا يباينه فى دينه فله ولاؤه وهل يرث به؟ على روايتين).**

إحداهما: لا يرث، لكن إن كان له عصبة على دين المعتق ورث، فإن أسلم الكافر منهما ورث المعتق رواية واحدة إذا اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافًا، لعموم قـوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وقـوله: «الولاء لحمـة كلحـمة النسب» والنسب يثـبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء، ولأن الولاء إنما ثبت له عليه، لإنعـامه بإعتاقه وذلك ثابت مع

---

(١) تقدم برقم (٢٧). (٢) تقدم برقم (٥) مسألة رقم (١٠٤٩).

١٠٦٠- **مسألة:** قال: (**ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن**).

وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله فى بنت المعتق خاصة أنها ترث لما روى عن النبىّ ﷺ: «أنه ورث بنت حمزة من الذى أعتقه حمزة»(٣).

اختلاف دينهما ويثبت الولاء للأنثى على الذكر وللذكر على الأنثى وكل معتق، لعموم الخبر والمعنى، ولحديث عبد الله بن شداد فى بنت حمزة وقد ذكرناه، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ على روايتين: **إحداهما**: يرثه، يروى ذلك عن على وعمر بن عبد العزيز، وبه قال أهل الظاهر، واحتج أحمد بقول على: الولاء شعبة من الرق، وقال مالك: يرث المسلم مولاه النصرانى لأنه يصلح له ملكه، ولا يرث النصرانى مولاه المسلم لأنه لا يصلح له تملكه، وجمهور الفقهاء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما لقول النبى ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»(14) ولأنه ميراث فمنعه اختلاف الدين كميراث النسب، ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث بالنسب فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق يحققه أن الميراث بالنسب أقوى ، فإذا منع الأقوى فالأضعف أولى، ولأن النبى ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله: «الولاء كلحمة النسب» فكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته فكذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته.

15- **مسألة:** (**فإن كان السيد عصبة على دين المعتق ورثه دون سيده، وقال داود: لا يرث عصبته فى حياته**).

ولنا: أنه بمنزلة ما لو كان الأقرب من العصبة مخالفًا لدين الميت والأبعد على دينه ورث البعيد دون القريب، فإن اجتمعا على الإسلام توارثا كالمتاسبين لزوال المانع.

فصل: (**قال الشيخ رحمه الله: ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وكاتبن أو كاتب من كاتبن**).

وعنه فى بنت المعتق ترث خاصة والأول أصح معنى، قوله: من الولاء أى بالولاء لأن الولاء لا يورث على ما ذكره، ظاهر المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن، أو جر الولاء إليهن من أعتقن والكتابة كذلك فإنها إعتاق، قال القاضى: هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التى ذكرها الخرقى فى بنت المعتق وجدتها منصوصة عن أحمد، وقد قال فى رواية ابن القاسم وقد سأله هل كان لحمزة أو لابنته؟ فقال: لابنته، فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها، لأنها هى المعتقة وهذا قول الجمهور وإليه ذهب مالك والشافعى وأهل العراق وداود، والصحيح الأول لإجماع الصحابة ومن بعدهم عليه، ولأن الولاء لحمة

---

(٣) تقدم برقم (٨) من كتاب الولاء.

(14) أخرجه البخارى (١٢/ ٦٧٦٤/ فتح) ومسلم (٣/ فرائض/ ١٢٣٣).

قوله: ولا يرث النساء من الولاء، لما قدمنا من أن الولاء لا يورث، ولهذا قال: إلا ما أعتقن ومعتقهن ولاؤه لهن فكيف يرثنه؟ والظاهر من المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وجر الولاء إليهن من أعتقن والكتابة كذلك فإنها إعتاق، قال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الخرقي في ابنه المعتق ما وجدتها

كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الأخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة.

فأما الرواية المذكورة في ميراث بنت المعتق التي ذكرها الخرقي فوجهها ما روى إبراهيم النخعي أن مولى لحمزة مات وخلف بنتًا فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف، والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة، قال عبد الله بن شداد: كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته بنت حمزة فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأعطى ابنه النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف، قال عبد الله بن شداد: أنا أعلم بها، لأنها أختي من أمي أُمُّنا سلمى، رواه ابن اللبان بإسناده[15]، وقال: هذا أصح ما روى إبراهيم، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء، فأما توريث المرأة من معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم، وقد دل عليه حديث عائشة حين أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها، فقال النبي ﷺ: «اشتريها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق»[16] متفق عليه، وقال ﷺ: «تحوز المرأة ثلاث مواريث: عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه»[17] قال الترمذي: هذا حديث حسن، ولأن المعتقة منعمة بالإعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث، وفي حديث بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة، وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب.

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه: الميراث لابن معتقه خاصة.

وعلى الرواية الأخرى، يكون الملك بينهما أثلاثًا، فإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال، وعلى الرواية الأخرى يكون الملك لها، وإن خلف أخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة، وكذلك إن خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما، وإن خلف أخا معتقه وأخت معتقه فالميراث للأخ، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقة أو ابن المعتق معتقه فالميراث له دون البنت إلا على الرواية الأخرى فإن لها النصف والباقي للعصبة، وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قضية مولى بنت حمزة حين مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته فأعطى النبي ﷺ بنته النصف والباقي لبنت حمزة، فإن خلف ذا فرض سوى البنت كالأم والجدة أو الأخت أو الأخ من الأم أو الزوج أو

---

(15)أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/ ١٧٤). (16)تقدم برقم (1) من كتاب الفرائض.
(17)تقدم برقم (٩) مسألة رقم (٩٥٢).

منصوصة عنه، وقد قال فى رواية ابن القاسم وقد سأله هل كان لمولى حمزة أو لابنته؟ فقال: لابنته فقد نص على أن ابنة حـمزة ورثت بولاء نفسها لأنها هى المعتقـة، وهذا قول الجمهور وهو قول من سمـينا فى أول الباب من الصحابة والتـابعين ومن بعدهم غير شـريح والصحيح الأول لإجماع الصحابة ومن بعدهم عليه، ولأن الولاء لحمة كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الأخ والعم ونحوهمـا فولده من العتيق بـمنزلة ولد أخيه وعمـه ولا يرث منهم إلا الذكور

الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فلذى الفرض فرضه والباقى لمولاه، أو مولاته فى قول جمـهور العلماء، رجل وابنته أعتقوا عبـدًا ثم مات الأب وخلف ابنيه وبنته فماله بينهـما أثلاثًا، ثم مات العتيق فللبـنت النصف، لأنها مولاة نصفه والبـاقى لابن المعتق خاصة إلا على الرواية الضـعيفة فإن الـباقى يكون بينهما أثلاثًا فيـصير للبنت الثلثان ولأخـيها الثلث، وإن مـاتت البنت قبل العـتيق وخلفـت ابنًا ثم مات العـتيق فـلابنها النصف والبـاقى لأخيها، ولو لم تخلف البنت إلا بنتًا كان الولاء كله لأخيها دون بنتها إلا على الرواية الأخرى فإن لبنتـها النصف والباقى لأخـيها، وإن مـات الابن قبل العتـيق وخلف بنتًا ثم مات العـتيق وخلف معـتقة نـصفه وبنت أخـيها فللمـعتـقة نصف ماله وباقـيه لبيت الـمال، وعلى الرواية الأخرى: لها النصف بإعتاقها ونصف الباقى بأنها بنت معتق النصف والباقى لعصبة أبيها، ولو كانت البنت ماتت أيضًا قبل العتيق وخلفت ابنها ثم مات العتيق فلابنها النصف ولا شىء لبنت أخيهـا، امرأة أعتقت أباها ثم أعـتق أبوها عبدًا ثم مات الأب ثم العبـد فمالها لهـا، فإن كان أبوها خلف بنتًا أخرى معهـا فلهما ثلثا مال الأب بالنسب والباقى للمعتـقة بالولاء ومال العبد جميعه للمعـتقة دون أختها، ويتخرج على الرواية الأخرى أن يكون لهمـا ثلثا مال العبد أيضًا وباقيه للمعتقة، ولو كان الأب خلف مع المعتقة ابنًا فمال الأب بينهما أثلاثًا بالبنوة ومال العبد كله للابن دون أخته المـعتقة، لأنه يرث بالنسب والنسب مـقدم على الولاء، ولو خلف الأب أخًا أو عمًا أو ابن عم من البنت فللبنت نصف ميـراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العـبد لعصبته ولا شىء لبنته فـيه، لأن العصـبة من النسب مقـدم على المعتق فى المـيراث إلا على رواية الخرقى فإن للبنت نصف ميراث العبد، لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته.

16- **مسألة:** (ولا يرث من الولاء ذو فرض إلا الأب والجد يرثان السدس مع الابن).

نص أحمد علـى هذا فى رواية جماعة من أصحـابه، وكذلك قال فى جد المـعتق وابنه، وقال: ليس الجد والأخ والابن مـن الكبر فى شىء يجر بهم على الميـراث، وهذا قول شريح والنخعى والأوزاعى والعنـبرى وإسحاق وأبى يوسـف، وروى عن زيد: أن المال للابن، وبه قال سـعيـد بن المسيب وعطـاء والشعبى والحـسن والحكم وقتـادة وحماد والـزهرى ومالك والثورى وأبو حنيفة ومحـمد والشافعى وأكثر الفقهاء، لأن الابن أقـرب العصبة والأب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال.

خاصة، فأما رواية الخـرقى فى بنت المعتق فوجهها ما روى إبراهيم النـخعى أن مولى لحمزة مات وخلف بنتًا فورث النبىّ ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف(٤)، والصحيح أن المولى كان لبنت حـمزة، قال عبد الله بن شداد: كـان لبنت حمزة مولى أعتقـته فمات وترك ابنته ومولاته بنت حـمزة فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأعطى ابنـته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف، قال عبد الله بن شداد: «أنا أعلم بها لأنها أختى من أمى أُمُّنا سلمى» رواه ابن اللبان بإسناده، وقال: هذا أصح مما روى إبراهيم، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء، فـأما توريث المرأة من معتقـها ومعتق معتقـها ومن جر ولاء معتقـها فليس فيه اخـتلاف بين أهل العلـم، وقد نص النبىّ ﷺ على ذلك، فـإن عـائشة أرادت شـراء بريرة لتعتقـها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشـتراط ولائها فقال النبىّ ﷺ: «اشتـريها واشترطى لهم الولاء فإنمـا الولاء لمن أعتق»(٥) متفق عليه، وقـال ﷺ: «تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقهـا ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه»(٦) قال الترمذى: هذا حديث حـسن ولأن المعتقة منعمة بالإعتـاق كالرجل فوجب أن تساويه فى الميراث، وفى حـديث مولى بنت حمزة الذى ذكرناه تنصيص على توريث المـعتقة، وأما معتق أبيـها فهو بمنزلة عمهـا أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب.

ولنا: أنه عصبة وارث فاسـتحق من الولاء كالأخوين، ولا نسلم أن الابن أقرب من الأب بل هما فى القـرب سواء وكلاهمـا عصبـة لا يسقط أحدهمـا صاحبـه، وإنما يتفـاضلان فى المـيراث فكذلك فى الإرث بالولاء، ولذلك يـقدم الأب على الابن فى الولاية والصـلاة على الميت وغيرهما، وحـكم الأب مع ابن الابن وإن سفل، وحكم الجد وإن علا مع الابن وابنه سواء.

17- **مسألة: (والجد يرث الثلث مع الإخوة إن كان أحظ له إذا خلف المعتق أخاه وجده فالولاء بينهما نصفين).**

وبه قال عطاء والليث ويـحيى الأنصارى وهو قـول للشافعى وقـول الثورى وأبى يوسف ومحمد والذين جعلوا الجد أبًا جعلوه أولى من الأخ وورثوه وجده، وروى عن زيد: أن المال للأخ وهو قول مالك والشافعى، لأن الأخ ابن الأب والجد أبوه والابن أحق من الأب.

ولنا: أنهما عصـبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصـفين كالآخرين، وإن ترك جد مولاه وابن أخى مـولاه فالمال للجد فى قـول الجميع إلا مالكًا جـعل الميراث لابن الأخ وإن سفل، وقاله الشافعى أيضًـا، لأن ابن الابن يقدم على الأب وإن سفل، وليس هذا صوابًا فإن الجد يقدم علـى ابن الأخ فى الميراث فكيف يقدم عليه هـهنا؟ ولأن الجـد أولى بالمعتق من ابن الأخ فيـرث مولاه، لقول الـنبى ﷺ: «المولى أخ فى الدين وولى نعـمة يرثه أولى

---

(٤) انظر ما تقدم فى كتاب الولاء حديث رقم (٨).
(٥) تقدم فى أكثر من موضع.
(٦) تقدم برقم (٩) مسألة رقم (٩٥٢) من المجلد السادس.

ومن مسائل ذلك: رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالميراث لابن معتقه خاصة، وعلى الرواية الأخرى يكون الميراث بينهما أثلاثًا، فـإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال على الرواية الأخرى فإن الميـراث لها، وإن خلف أخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة، وكذلك إن خلف أم مـعتقه أو جـدة معتقه أو غـيرهما، وإن خلف أخا معـتقه وأخت معتـقه فالميراث للأخ، ولو خلف بنت مـعتقه وابن عم معـتقه أو معتق معـتقه أو ابن معتق معتقه فالمال له دون البنت إلا على الرواية الأخرى فإن لها النصف والباقي للعصبة، وإن خلف بنته ومـعتقه فـلبنته النصف والباقي لمـعتقه كـما في قصـة مولى بنت حمزة فـإنه مات وخلف بنته وبنت حـمزة التي أعتقـته فأعطى النبيّ ﷺ بنته النصف والبـاقي لمولاته، وإن

الناس بالمعتق» والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الأخ فيكون أولى، لقول النبي ﷺ: «ألحـقوا الفـرائض بأهلهـا فمـا أبقت الفـروض فلأولى رجل ذكـر» وفي لفظ «فلأولى عصبة ذكـر» ولأن الجد أب فيقدم على ابن الأخ كالأب الحقيـقي، فإن اجتمع إخوة وجد فمـيراث المولى بينهم كـمال سيده إن زادوا على اثنين فللجـد ثلث ماله، لأنه أحظ له، وإن اجتمع إخوة من أبوين وإخوة من أب عاد الإخوة من الأبوين الجد بالإخوة من الأب، ثم يأخذ ولد الأبوين مـا حصل لولد الأب كالميـراث، وقال ابن شريح: يحـتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الأبوين الجد بولد الأب.

ولنا: أنه ميراث بين الجد والإخوة أشبه الـميراث بالنسب فإن كان مع الإخوة أخوات لم يعتد بهن، لأنهن لا يرثـن منفردات فلا يعتد بهن كـالإخوة من الأم، وإن انفرد ولد الأب مع الجد فهم كولد الأبوين.

فـصل: فإن ترك جد مولاه وعم مولاه فهـو للجد، وكذلك إن ترك جد أبي مولاه أو جد جد مولاه وعم مولاه فـهو للجد، وبه يقول الثوري والأوزاعي وأهل العـراق، وقال الشافعي: هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون الأب، وهو قياس قول مـالك، قال الشافعي: ومن جعل الجد والأخ سواء فجد الأب والعم سواء وهو أولى من ابن العم.

ولنا قول النبي ﷺ: «يرثه أولى الناس بالمعتق»(18) فالجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم فـي تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك، والعجب أن الشـافعي رحمه الله تعالى ترك الجد أبًا في ولايـة المال والإجبار على النكاح ووافق غيـره في وجوب الإنفاق عليه وله وعـتقه على ابن ابنه وعـتق ابن ابنه عليه وانتفـاء القصاص عنه بقـتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الأب، ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء.

18- **مسألة:** (والولاء لا يورث وإنما يورث به).

وهذا قول الجـمهور، روى نحـو ذلك عن عمر وعـثمان وعلي وابن مـسعود وابن عـمر

---

(18) تقدم برقم (6).

خلف ذا فرض سوى البنت كالأم أو الجدة أو الأخت أو الأخ من الأم أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فإن لذى الفرض فرضه والباقى لمولاه أو مولاته فى قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك، رجل وابنته أعتقا عبداً ثم مات الأب وخلف ابنه وبنته فماله بينهما أثلاثًا ثم مات العبد فللبنت النصف، لأنها مولاة نصفه والباقى لابن المعتق خاصة إلا على الرواية الضعيفة فإن الباقى يكون بينهما على ثلاثة فيكون للبنت الثلثان ولأخيها الثلث، وإن ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابنًا ثم مات العبد فلابنها النصف والباقى لأخيها، ولو لم تخلف البنت إلا بنتًا كان الولاء كله لأخيها دون بنتها إلا على الرواية

وأسامة بن زيد وأبى مسعود البدرى وأبى بن كعب، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبى وإبراهيم ومالك والشافعى وأهل العراق وداود وشذ شريح فجعله موروثًا كالمال، لأنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ما أحرزه الولد والوالد فهو لعصبته من كان.

ولنا قول النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء، ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على عبده بالعتق، وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء، ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر، وهو كما قال فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل ما ذكرنا من قول الجمهور، وقد روى سعيد بإسناده عن الزهرى عن النبى ﷺ أنه قال: «المولى أخ فى الدين ومولى نعمة وأولى الناس بميراثه أقربهم من المعتق»(19) ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه ولا يصح قياسه على المال، لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض بخلاف المال، فعلى هذا ينظر أقرب العصبات إلى المعتق يوم موت العتيق فيكون هو الوارث للمولى دون غيره، كما أن السيد لو مات فى تلك الحال ورثه وحده.

19- مسألة: (ولا يباع ولا يوهب).

لا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالى من شاء، روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر، وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس بن معاوية والزهرى ومالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه، وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء، وروى سعيد بإسناده عن عبيد الله أنه قال: إنما الولاء كالنسب فيبيع الرجل نسبه(20)، وقد روى سعيد بإسناده عن سفيان عن عمر وابن دينار أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتبًا(21)، وروى، أن ميمونة وهبت مواليها للعباس وولاؤهم اليوم لهم، وأن

---

(19) أخرجه الدارمى فى «سننه» (٢/ ح٣٠٠٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٠٤).

(20-21) ينظر ويراجع الحديث رقم (٢١) من كتاب المغنى المسألة رقم (١٠٥٠).

الأخرى فإن لبنتها النصف والباقى لأخيها، وإن مات الابن قبل العبد وخلف بنتًا ثم مات العبد وخلف معتــقة وبنت(٧) أخيها فللمعتقــة نصف ماله وباقيه لبيت المال، وعلى الرواية الأخرى لها النصف بإعتاقــها ونصف الباقى، لأنها بنت معتق النصف والباقى لعــصبة ابنها(٨)، ولـــو كانت البنت ماتت أيضًا قبل العبد وخلفت ابنــها ثم مات العبد فلابنها النصف رلا شىء لبنت أخيها، امــرأة أعتقت أباها ثم أعتق أبوها عبدًا ثم مــات الأب ثم العبد فمالهمــا لها، فإن كان أبوها خلف بنتًا أخرى معهــا فلهما ثلثا مال الأب بالنسب والباقى للمعتــقة بالولاء ومال العبد جميــعه للمعتقة دون أخــيها ويتخرج على الرواية الأخــرى أن يكون لهما ثلثا مال العــبد أيضًا

عروة ابتاع ولاء طهمان لورثة مصــعب بن الزبير، وقال ابن جريج: قلت لعطاء أذنت لمولاى أن يوالى من شاء فيجوز؟ قال: نعم.

ولنا: أن النبىَّ ﷺ نهى عن بــيع الولاء وعن هبتــه(22) وقال: «الولاء لحــمة كلحــمة الــنســب»(23) وقال: «لعن الله من تولــى غير مــواليه»(24) ولانه مــعنى يورث به فلا ينتــقل كالقرابة، وفــعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجــمهور وترده السنة فلا يعول عــليه، فعلى هذا لا ينتقل الولاء عن المعتق لموته ولا يرثه ورثته، إنما يرثون المال به مع بقائه للمعتق، وهذا قول الجمهور على ما ذكرنا.

20- مــسألة: (وهو للكبر، فإذا مات المعتق وخلف عتيقة وابنين فمات أحد الابنين عن ابن ثم مات المولى فالميراث لابن معتقه).

لأن الولاء للكبر، ولو مــات الابنان بعده وقبل العتــيق وخلف أحدهما ابنًا والآخــر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد عشره، وهذا قول أكثر أهل العلم، قال أحمد: روى هذا عن عمر وعثمان وعلى وزيد وابن مسعود، وروى سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبى أن عمر وعليّا وابن مسعود وزيدًا كانوا يجعلون الولاء للكبر، وروى ذلك عن ابن عمر وأبى بن كعب وأبى مسعود البدرى وأسامة بن زيد، وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشــعبى والنخعى والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشــافعى وإسحاق وأبو ثور وأصــحاب الرأى وداود كلهم قــالوا: الولاء للكبــر، وتفســيــره أنه يرث المعــتق من عصبات سيــده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد، قال ابن ســيرين: إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلى الذى أعتــقه فيجعل مــيراثه له، وإذا مات السيد قــبل مولاه لم ينتقل

---

(٧) فى نسخة: معتقة نصفه ونصف أخيها. (٨) فى بعض النسخ: أبيها.

(22) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٥٣٥/ فتح) ومسلم (٢/ عتق/ ١١٤٥/ ١٦).

(23) تقدم برقم (٨) من كتاب الولاء.

(24) أخرجه أحمــد فى «مســنده» (١/ ٣٠٩، ٣١٧) والبيــهقى فى «السنن الكبــرى» (٨/ ٢٣١) وإسناده صحيح.

وباقيه للمعتقة، ولو كان الأب خلف مع المعتقة ابنًا فمال الأب بينهما أثلاثًا بالبنوة ومال العبد كله للابن دون أخته المعتقة، لأنه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء ولو خلف الأب أخًا أو عمًّا أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميـراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه، لأن العـصبة من النسب مقدم على المعتـق فى الميراث إلا على رواية الخرقى فإن للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته، امرأة وأخوها أعتقا أباهما ثم أعتق أبوهما عبدًا، ثم مات الأب فماله بينهمـا أثلاثًا ثم إذا مات العبد فميراثه للابن دون أخته لأنه ابن المعـتق يرثه بالنسب وهى مولاة المعتق، ولأن المـعتق يقدم على مـولاه، فإن مات أخوها قبل أبيه وخلف بنتًا فماله بين ابنتـه وابنه نصفين ثم إذا مات الأب فقد خلف بنته وبنت

الولاء إلى عصبته لأن الولاء كالنسب لا ينتـقل ولا يورث وإنما يورث به فهو باق للمعتق أبدًا لا يزوال عنه، بدليل قوله ﷺ : «الولاء لمن أعـتق» وقوله: «الولاء لحمة كلحـمة النسب» وإنما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء مـعتقه لا نفس الولاء، ويتضح ذلك بالمسألتين اللتين ذكرناهمـا هـهنا، وهما: إذا مات رجل عن ابنـين ومولى فمات أحـد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى، ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لأن ابن المعتق أقرب عصبة سيده، فلو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه ورثه ابنه دون ابن ابنه فكذلك إذا مـات المولى، والمسألة الأخرى إذا مات الابنان بعد السيـد وقبل مولاه وخلف أحدهما ابنًا والآخر تسعـة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم، لأن السيد لو مـات كان ميراثه بينهم كذلك، ولو كان الولاء موروثًا لاختلف الحكم فى المسـألتين وكان الميراث فى المسـألة الأولى بين الابن وابن الابن نصفين لأن الابنين ورثوا الولاء عن أبيـهـما ثم مـا صار إلى الابن الـذى مات انتـقل إلى ابنه، وفى المسألة الثانـية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميـراثه ذلك عن أبيه ولبنى الابن الآخر النصف بينهم على عددهم، وذهب شـريح إلى أن الولاء موروث كالمال يورث عـن المعتق، فمن ملك شيئًا فى حياته فهو لورثته، وحكى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وابن المسيب، وروى عن أحمد نحوه والمشهور عنه مثل قول الجمهور، قال أبو الحارث: سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر قال: كذا روى عـن عمر وعثمان وعلى وزيد وابن مسـعود، وقد ذكرنا ذلك عن شريح وأجـبنا عنه، ولم يصح عن أحد من الصـحابة خلاف هذا الـقول، وإن لم يخلف عصـبة من نسب مولاه فـماله لمولى مولاه ثـم لأقرب عصبـاته ثم لمولى مولى مـولاه، فإذا انقرض العصبات والموالى وعصباتهم فمال لبيت المال.

21- **مسألة:** (وإذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهمـا عتق عليهما بالملك ثم اشترى عبدًا فأعتقه ثم مات العتيق ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته).

إذا اشترى رجل وأخته أباهما وأخاهما عتقا عليهما بالملك ثم اشترى عبدًا فأعتقه ثم مات الأب أو الأخ فميراثه بـينهما أثلاثًا بالنسب، فإذا مات العبـد ورثه الرجل دون أخته، لأنه ابن

ابنه وبنته مولاة نصفه فلبنته النصف ولبنت ابنه السـدس ويبقى الثلث لبنته نصفه وهو السدس، لأنها مولاة نصفه يبـقى السدس لموالى الأخ إن كان ابن معتقه وهم أخته ومـوالى أمه فلأخته نصف السدس والنصف الباقى لمولى أمه فحصل لأخيه النصف والربع والسدس، وإن لم يكن ابن معتقـه بل كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وتأخذ أخـته الباقى كله بالرد إن لم يخلف الأب عصبة، فإن خلف الأب عصبـة من نسبه كأخ أو عم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف ولبنت ابنه السدس والباقى لعصـبته، ولو اشترى رجل وأخته أخاهما ثم اشـترى أخوهما عبدًا فأعتقه ثم مات أخـوهما فماله بينهما أثلاثًا، ثم إذا مات عتيقه فمـيراثه لأخيه دون أخته، ولو مات الأخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها، لأنه ابن أخى المعتق، وإن لم يخلف الأخ إلا بنته فنصف مال العبد للأخت، لأنها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الأخ رواية واحدة والباقى لبيت المال.

المعتق أو أخوه فـورثه بالنسب وهى مولاة المعتق، وعصبة المعـتق مقدم على مولاه، وعلى الرواية التى تقول إن بنت المعـتق ترث إذا اشتريا أباهما يكون ميراث العبـد بينهما أثلاثًا، فإن اشتريا أخاهما فعـتق عليها ثم اشترى عبدًا فأعتقه ومات الأخ المـعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها لأنه ابن أخى المعتق، فإن لم يخلف الأخ إلا بنته فنصف مال العبد للأخت، لأنها معتقـة نصف معتقه ولا شيء لبنت الأخ رواية واحدة والباقى لبيت المال.

فـصل: إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيـه فماله لبيت المال، لأنه ثبت عليه الولاء من أجل مباشرته بالعتق ولم يثبت عليه بإعتاق أبيه، وإذا لم يكن لمولاه إلا بنت لم ترث لأنها ليست عصـبة، وإنما يرث عصـبات المولى، فإذا لم يكن له عـصبة لم يرجع إلى معـتق أبيه وكذلك إن كان له مـعتق أب ومعتق جـد ولم يكن هو معتقًا فـميراثه لمعـتق أبيه إن كان ابن معتقـه ثم لعصبة معتق أبيه ثم لـمعتق معتق أبيه؛ فإن لم يكن له أحـد منهم فلبيت المال ولا يرجع إلى معتق جده، وإن كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء.

فـصل: امرأة حرة لا ولاء عليـها وأبواها رقيقـان أعتق إنسان أباها، ويتصـور هذا فى موضعين: **أحدهما**: أن يكونوا كفارًا فتسلم هى ويسبى أبواها فيسترقا، **والثانى**: أن يكون أبوها عبدًا تزوج أمـة على أنها حرة فولدتها ثم مـاتت وخلفت معتق أبيهـا لم يرثها، لأنه إنما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليهـا، وهكذا الحكم فيمـا إذا تزوج عبد حـرة الأصل فأولدها ولدًا ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميـراث لمعتق أبيه لأنه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحـداهما أباها فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على أخـتها فإذا مات أبوها فلهما الثلثـان بالنسب ولها الباقى بالولاء، فإذا مـاتت أختها فلها نصف مـيراثها بالنسب وباقيه لعصبتـها فإن لم يكن لها عصبة فالباقى لأختهـا بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء، لأنها لا ولاء عليها.

فـــصل: إذا خلف الميت بنت مـولاه ومولى أبيه فماله لـبيت المال، لأنه إذا ثبت عليـه الولاء من جهـة مباشـرته بالعتق لم يثـبت عليه بإعـتاق أبيه، وإذا لم يكن لـمولاه إلا ابنة لم ترث، لأنها ليست عصـبة، وإنما يرث عصبات المولى، فـإذا لم يكن له عصبة لم يرجع إلى معتق أبيه، وكذلك إن كان له معتق أب أو معتق جد ولـم يـكن هو معتقًا فميراثه لمعتق أبيه إن كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق أبيه ثم لمعتق معتق أبيه، فإن لم يكن له أحد منهم فلبيت المال ولا يرجع إلى معتق جده، وإن كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء.

فـــصل: امرأة حـرة لا ولاء عليها وأبواها رقـيقان أعـتق إنسان أباها ويتـصـور هذا فى

فـصل: فى جـر الولاء، قال الشيخ ﷺ: كل من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه الولاء بحال لقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعـتق» فأما إن تزوج العبد معتـقة فأولدها فولدها منه أحرار وعليهم الولاء لمـولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سـبب الإنعام عليهم بعتق أمـهم فصاروا لذلك أحرارًا، فـإن أعتق العبـد سيده ثبت له عليه الولاء وجـر إليه ولاء أولاده عن مولى أمهم، لأن الأب لو كان مملوكًا لم يكن يصلح وارثًا ولا وليًا فى نكاح فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن أبيه فيثبت الولاء لمـولى أمه وانتسب إليها، فإذا أعتق العبد صلح للانتساب إليه وعاد وارثًا عـاقلاً وليًا فعادت النسبة إليه وإلى مواليـه بمنزلة ما لو استحق الملاعن ولده، هذا قول جمهور الصحابة والعلماء، يروى هذا عن عمر وعثمان وعلى والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والنخعى، وبه قال مالك والثورى والأوزاعى والليث وأبو حنيفـة وأصحابه والشافعى وإسحاق وأبو ثور، ويروى عن رافع بن خـديج: أن الولاء لا ينجر من مـوالى الأم وبه قال مـالك بن أوس بن الحدثان والزهرى وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن وداود، لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء، وقد روى عن عثمان وزيد نحو هذا وأنكرهما ابن اللبان، وقـال: مشهور عن عثمان أنه قـضى بجر الولاء للزبير عن رافع بن خديج.

ولنا: أن الانتـساب إلى الأب فكذلك الولاء، ولـذلك لو كانا حـرين كان ولاء ولدهمـا لمولى أبيـه فلما كان مملوكـًا كان الولاء لمولى الأم ضرورة، فإذا أعـتق الأب زالت الضرورة فعادت النسبة إليه والولاء إلى مواليه، وروى عبد الرحمن عن الزبير أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعسًا فأعجبه ظرفهم وجمـالهم فسأل عنهم، فقيل: موالى رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة فاشتـرى الزبير أباهم فأعتقه، وقال لأولاده انتسـبوا إلىّ فإن ولاءكم لى، فقال رافع بن خديج الولاء لى فإنهم عتقوا بعتقى أمهم فاحتكمـوا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير فاجتمعت الصحابة عليه، اللعس: سواد فى الشفتين تستحسنه العرب ومثله اللمى، قال ذو الرمة:

لمـياء فـى شفـتـيهـا حـوة لعس وفى اللثـــات وفى أنيـابهـــا شنب

موضعين: **أحدهما**: أن يكون جميعهم كفارًا فتُسْلم هى ويسبى أبواها فيسترقان، **والثانى**: أن يكون أبوها عبدًا تزوج أمة على أنها حرة فولدتهـا ثم ماتت وخلفت معتق أبيها لم يرثها، لأنه إنما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليـها وهكذا الحكم فيـما إذا تزوج عبد حـرة الأصل فأولدها ولدًا ثم أعتق العبـد ومات ثم مات الولد فلا مـيراث لمعتق أبيه لأنـه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هـذه الصفة اشـترت إحداهمـا أباها فعتق عليـها فلها ولاؤه ولـيس لها ولاء على أختها، فإذا مات أبوهما فلهما الثلثـان بالنسب ولها الباقى بالولاء فإذا ماتت أختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصـبتها فإن لم يكن لها عصبة فالباقى لأختـها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لأنها لا ولاء عليها.

فـصل: ولا يرث من أقارب المعتق ذو فرض منفرد كالأخ من الأم والزوج، لأن الولاء للعصبات وليس هؤلاء عصبات فـحكمهم حكم النساء، وقد روى عن أحمد أنه قال: لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعـتقن أو أعتق من أعتقن إلا أن المـلاعنة ترث من أعتق ابنها، وهذا يخرَّج على الرواية التى تقول إن الملاعنة عـصبة ابنها وهى أحق بالميراث من عصبـتها فترث لكونها عصبة قائمة مقام أبيه، فأما على الرواية الأخرى فإن الولاء يكون لعصبتها.

فـــصل: وحكم المكاتب يتـزوج فى كتابته ثـم يعتق حكم العبـد القن فى جر الولاء، وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة، لأنهم عبيد، فإن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم.

فـصل: وإذا انجر الولاء إلى موالى الأب ثم انقرضـوا عاد الولاء إلى بيت المال ولـم يعد إلى موالى الأم بحال فى قول أكثر أهل العلم، وحكى عن ابن عباس أنه يعود إلى موالى الأم، والأول أصح، لأن الولاء جرى مجـرى الانتساب ولو انقرض الأب وآباؤه لم تعـد النسبة إلى الأم كذلك الولاء إذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الأب كان ولاء ولدها لموالى أبيه بلا خلاف، فإن نفاه باللعـان عاد ولاؤه إلى موالى الأم، لأنا تبينا أنه لم يكن له أب ينتسب إليـه، فإن عاد فاستلحقه عاد الولاء إلى موالى الأب.

فصل: ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة:

أحـــدها: أن يكون الأب عبدًا حين الولادة، فإن كـان حرّا وزوجته مولاة لم يخل إما أن يكون حر الأصل فلا ولاء على ولده بحال، وإن كـان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه أبدًا ولا جر فيه.

الثانى: أن تكون الأم مولاة فإن لم تكن كذلك لم يخل إما أن يكون حر الأصل فلا ولاء على ولدها بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال سـواء أعتقهم بعـد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملاً بهم فـعتقوا بعتـقها، لأن الولاء ثبت بالعتق مـباشرة فـلا ينجر عن المعـتق لقوله ﷺ: «إنمـا الولاء لمن أعتق» وإن أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشهر فـقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه وإن

١٠٦١- **مسألة:** قال: (والولاء لأقرب عصبة المعتق).

وجملة ذلك: أن المولى العتيق إذا لم يخلِّف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما أسلفناه فإن كان مولاه ميتًا فهو لأقرب عصبته سواء كان ولدًا أو أبًا أو أخًا أو عمّا أو ابن عم أو عم أب، وسواء كان المعتق ذكرًا أو أنثى، فإن لم يكن له عصبة من نسبه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الأقرب فالأقرب ثم لمولاه، وكذلك أبدًا، روى هذا عن عمر ﷺ وبه قال الشعبى والزهرى وقتادة ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأبو حنيفة وصاحباه، وقد روى عن على ما يدل على أن مذهبه فى امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لأخيها وابن أخيها دون ابنها وروى عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة فروى عن إبراهيم أنه قال: اختصم على والزبير فى موالى صفية بنت عبد المطلب: فقال على: أنا أحق بهم أنا أرثهم وأعقل عنهم، وقال الزبير: هم موالى أمى وأنا أرثهم، فقضى عمر للزبير بالميراث والعقل على علىٍّ، رواه سعيد(٩)، قال: حدثنا أبو معاوية ثنا عبيدة الضبى عن إبراهيم وقال: حدثنا هشيم ثنا الشيبانى عن الشعبى قال: «قضى بولاء موالى صفية للزبير دون العباس» وقضى عمر فى موالى أم هانئ بنت أبى طالب لأبيها جعدة بن هبيرة دون على، وروى الإمام أحمد بإسناده عن زياد بن أبى مريم «أن امرأة أعتقت عبدًا لها ثم توفيت وتركت

أتت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه، لأنه يحتمل أن يكون حادثًا بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك وإن كانت المرأة بائنًا وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب كان من نكاح أو سفاح عربيّا كان الزوج أو أعجميّا، وهذا قول عامة الفقهاء، وعن عمر إن كان زوجها عربيّا فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه، وعن أحمد مثله، وبه قال ابن المسيب والثورى والأوزاعى وأبو ثور والشافعى فى القديم ثم رجع عنه، والأول أولى، لأن أمهم أمة فكانوا عبيدًا كما لو كان أبوهم أعجميّا.

الثالث: أن يعتق العبد سيده فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال، وهذا لا خلاف فيه فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم فى العبد بعد موته، فقال سيده: مات حرّا بعد جر الولاء وأنكر ذلك مولى الأم فالقول قول مولى الأم، ذكره أبو بكر، لأنه الأصل بقاء الرق، وهذا مذهب الشافعى.

22- **مسألة:** (وإن أعتق الجد لم يجر ولاءهم فى أصح الروايتين، وعنه يجره).

قال أحمد رحمه الله: الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه، وعن أحمد أنه يجره، وبهذا قال شريح والشعبى والنخعى وأهل المدينة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعى فى أحد قوليه فإن

---

(٩) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٢٧٤) من طريق عبيدة الضبى عن إبراهيم به.

ابنًا لها وأخاها ثم توفى مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ فى ميراثه فقال ﷺ: ميراثه لابن المرأة، فقال أخوها: يا رسول الله لو جر جريرة كانت على ويكون ميراثه لهذا؟ قال: نعم»[١٠] وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «المولى أخ فى الدين ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالمعتق»[١١] إذا ثبت هذا فإن المعتقة إذا ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها ثم مات مولاها فميراثه لابنها وإن مات ابنها بعدها وقبل مولاها وتركت عصبة كأعمامه وبنى أعمامه ثم مات العبد وترك أخا مولاته وعصبة ابنها فميراثه لأخى مولاته لأنه أقرب عصبة المعتق فإن المرأة لو كانت هى الميتة لورثها أخوها وعصبتها فإن انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة أبيها، يروى نحو هذا عن على، وبه قال أبان بن عثمان وقبيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والشافعى وأهل العراق، وروى عن على رواية أخرى أنه لعصبة الابن وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب، وبه قال شريح، وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يورث كما يورث المال وقد روى عن أحمد نحو هذا واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده «أن رئاب ابن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غِلمة فماتت أمهم فورثوا عنها ولاء مواليها وكان عمرو ابن العاص عصبة بنيها فأخرجهم إلى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالاً فخاصمه إخوتها إلى عمر فقال: قال رسول الله ﷺ: «ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان»[١٢] قال: وكتب له كتابًا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف

أعتق الأب بعد ذلك جره عن موالى الجد إليه، لأن الجد يقوم مقام الأب فى التعصيب وأحكام النسب كذلك فى جر الولاء، وقال زفر: إن كان الأب حيًا لم يجر الجد الولاء وإن كان ميتًا جره وهو القول الثانى للشافعى.

ولنا أن الأصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الأب والجد لا يساويه بدليل أنه لو عتق الأب بعد الجد جره عن مولى الجد إليه ولأنه لو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده ولأن الجد يدلى بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالأخ وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن ينجر إليه الولاء كالأخ، وإن قلنا: إنه ينجر فلا فرق بين القريب والبعيد، لأن البعيد يقوم مقام القريب ويقتضى هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه ثم إن عتق الأب جر الولاء، لأن كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصيبه وإرثه وولايته، ولو لم يعتق الجد لكن كان حرًا وولده مملوك فتزوج

---

(١٠) أخرجه الدارمى فى «سننه» (٢/ ح٣٠٠٩) ولم نجده فى مسند الإمام أحمد.

(١١) أخرجه الدارمى فى «سننه» (٢/ ح٣٠٠٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٠٤) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٩٤) كلهم عن الزهرى مرسلاً، وإسناده ضعيف.

(١٢) أخرجه أبو داود (٢٩١٧) وابن ماجه (٢٧٣٢) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٧) وإسناده حسن.

وزيد بن ثابت ورجل آخر قـال فنحن فيه إلى السـاعة، رواه أبو داود وابن ماجه فى سننهـما، والصحـيح الأول فإن الولاء لا يورث على ما ذكـرنا من قبل وإنما يورث به وهو باق للمـعتق يرث به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئًـا وعصبات الابن غير عصبات أمه فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها وحديث عمرو بن شعيب غلط قال حميد: الناس يُغَلِّطون عمرو بن شعيب فى هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المـولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته الأقرب منهم فـالأقرب على ما ذكـرنا فى ترتيب العصبـات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابنى عم ورث بما فيـه من التعصيب ولم يرث بفرضه شيئًـا وإن كان عصبات فى درجة واحدة كالبنين وبنيهم والإخوة وبنيهم والأعمام وبـنيهم اقتسموا الميراث بينهم بالسوية، وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة والله أعلم.

١٠٦٢- **مـسـألة:** قـال: **(وإذا مات المعتق وخلف أبا معتقه وابن مـعتقه فلأبى معتقه السدس وما بقى فللابن)**.

نص أحمـد على هذا فى رواية جماعـة من أصحابه، وكـذلك قال فى جد المـعتق وابنه وقال: ليس الجد والأخ والابن مـن الكبر فى شىء يجزيهم على الميـراث، وهذا قول شريح والنخعى والأوزاعى والعنبرى وإسحاق وأبى يوسف، ويروى عن زيد أن المال للابن، وبه قال

مولاة قوم فأولدها أولادًا فولاؤهم لمولى أمهم، وعند من يقول بجر الجد الولاء يكون لمولى الجد، فإن لم يكن الجـد مولى بل كان حر الأصل فلا ولاء على ولد ابنه فـإن أعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولاء، لأن الحرية ثبـتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليـه ولاء كالحر الأصلى.

فـصل: إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما فإن نفاهما باللعان عاد ولاؤهما إلى مولى أمهمـا فإن مات أحدهما فميراثه لأمه ومواليهـا فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسـبهما واسـترجع الميراث من مولى الأم، ولو كـان أبوهما عبدًا أو لم ينفـهما وورث موالى الأم الميت منهما ثم أعتق الأب لم يجر الولاء إلى موالى الأب ولم يكن لهم ولا للأب استرجاع المـيراث، لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب ويفـارق الأب إذا أكذب نفسه، لأن النسب يثبت من حين خلف الولد.

23- **مـسألة:** **(وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله لاؤه وولاء إخوته ويبقى ولاؤه لمولى أمه لأنه لا يجر ولاء نفسه)**.

وهذا قـول جمـهور الـفقـهاء: مـالك فى أهل المـدينة، وأبو حنيـفة فى أهل العـراق، والشافعى، وشذ عمرو بن دينار المدنى فقال: يجـر ولاء نفسه فيصير حرًا لا ولاء عليه، قال ابن شريح: ويحتمله قول الشافعى ولا تعويل على هذا القول لشذوذه ولأنه يؤدى إلى أن يكون

سعيد بن المسيب وعطاء والشعبى والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهرى ومالك والثورى وأبو حنيفة ومحمد والشافعى وأكثر الفقهاء لأن الابن أقرب العصبة والأب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال.

ولنا: أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالأخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الأب بل هما فى القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه، وإنما هما يتفاضلان فى الميراث فكذلك فى الإرث بالولاء، ولذلك يقدم الأب على الابن فى الولاية والصلاة على الميت وغيرهما وحكم الأب مع ابن الابن وإن سفل حكم الجد وإن علا مع الابن وابنه سواء.

١٠٦٣- **مسألة:** قال: (**وإن خلف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين**).

وبهذا قال: عطاء والليث ويحيى الأنصارى ومال إليه الأوزاعى وهو قول الشافعى وقول الثورى وأبى يوسف ومحمد والذين نزلوا الجد أبًا جعلوا الجد أولى وورثوه وحده وروى عن زيد أن المال للأخ وهو قول مالك والشافعى لأن الأخ ابن الأب والجد وأبوه والابن أحق من الأب.

ولنا: أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالأخوين، وإن ترك جد مولاه وابن أخى مولاه فالمال لجده فى قولهم جميعًا إلا مالك جعل الميراث لابن الأخ

الولاء ثابتًا على أبويه دونه مع كونه مولودًا لهما فى حال رقهما أو فى حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا فى الأصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها.

24- **مسألة: (وإن اشترى هذا الولد عبدًا فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فإنه يجر ولاء سيده).**

فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء بإعتاقه إياه وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبيه فصار كل واحد منهما مولى الآخر، مثل ذلك لو أعتق الحربى عبدًا فأسلم ثم أسر سيده فأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء، فإنه كما جاز أن يشتركا فى النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه كذلك الولاء.

فصل: وإن تزوج ولد المعتقة معتقة وأولدها ولدًا فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه ولاء أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقهم ويبقى ولاء المشترى لمولى أم أبيه، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حرًا لا ولاء عليه.

فصل: وإن تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولدًا فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولدًا فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه فى أحد الوجهين، لأن له الولاء على أبيه فكان له عليه كما لو كان مولى جده، ولأن الولاء الثابت على الأب يمنع ثبوت الولاء لمولى الأم، **والوجه الثانى:**

وإن سفل، وقاله الشافعى أيضًـا، لأن ابن الابن وإن سفل يقدم على الأب وليس هذا بصواب فإن ابن الأخ محجوب عن الميراث بالجد فكيف يقدم عليه، ولأن الجد أولى بالمعتق من ابن الأخ فـيرث مـولاه لقـول النبىّ ﷺ: «المـولى أخ فى الدين وولى نعـمـة يرثه أحق الناس بالمـعتق»(١٣) والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الأخ فـيكون أولى لقول النبىّ ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلهـا وما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر»(١٤) وفى لـفظ «فلأولى عـصبة ذكر» ولأن الجـد أب فيقدم علـى ابن الأخ كالأب الحقيـقى، ولأنه يقدم فى ميراثّ المال فقدم فى الميراث بالولاء كسائر العصبات.

فـصل: فإن اجتمع إخوة وجد فمـيراث المولى بينهم كمال سيده، وإن اجتمع إخوة من أبوين وإخوة من أب عاد الإخـوة من الأبوين الجد بالإخوة من الأب ثم مـا حصل لهم أخذه ولد الأبوين، وقال ابن سريج: يحتمـل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الأبوين الجد بولد الأب.

ولنا: أنه ميراث بين الجـد والإخوة فأشبه الميراث بالنسب، فـإن كان مع الإخوة أخوات لم يعتـد بهن لأنهن لا يرثن منفردات فلا يعـتد بهن كالإخوة من الأم، وإن انفـرد الإخوة من الأب مع الجد فحكمهم حكم الإخوة من الأبوين.

فـــصل: وإن ترك جد مولاه وعم مولاه فهـو للجد وكذلك إن ترك جد أبى مولاه «وعم مولاه أو جد جد مولاه وعم مولاه فهو للجَد»(١٥) وبه يقول الثورى والأوزاعى وأهل العراق،

ولاؤه لمولى أمــه، لأن الولاء الثابت على أبيه، من جـهة أمه ومثل ذلك ثابت فى حق نفـسه وما ثبت فى حـقه أولى مما ثبت فى حق أبيـه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولأبيه مـولى كان مـولاه أحق به من موالى أبى فـإن كان لـه مولى أم ومـولى أم أب ومولى أم جـد وجد أبيـه مملوك، فعلى الوجه الأول يكون لمولى أم الجد وعلى الثانى يكون لمولى الأم.

فـــصل: ولو تزوج معتق بمعتـقة فأولدها بنتًا وتزوج عبد بمعتـقة فأولدها ابنًا فتزوج هذا الابن بنت المعـتقين فأولدها ولدًا فولاء هذا الولـد لمولى أم أبيه لأن له الولاء على أبيـه وإن تزوجت بنت المعـتقين بمملوك فـولاء ولدها لمولى أبيها لأن ولاءها له، فـإن كان أبوها ابن مملوك ومـعتقـه فالولاء لمـولى أم أبى الأم على الوجه الأول لأن مولـى أم أبى الأم يثبت له الولاء على أبى الأم فكان مقدمًا على أمها وثبت له الولاء عليها.

---

(١٣) أخرجـه الدارمى فى «سننه» (٢/ ٣٠٠٦) وسعـيد بن منصـور فى «سننه» (١/ ح٢٧٢) والبيـهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٠٤) وإسناده ضعـيف علته الإرسـال أو الإعضال فـإن الزهرى تابعى صغيـر غالب رواياته عن التابعين.

(١٤) تقدم برقم (٢٣) من كتاب الفرائض.

(١٥) سقط من نسخة «المغنى والشرح» وأثبتناه من نسخة «هـ».

وقال الشافعي: هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون جد الأب، وهو قياس قول مالك، قال الشافعي: ومن جعل الجد والأخ سواء فجد الأب والعم سواء وهو أولى من ابن العم.

ولنا: قول النبيّ ﷺ: «يرثه أولى الناس بالمعتق» والجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك، والعجب أن الشافعي رحمة الله عليه نَزَّل الجد أبًا في ولاية المال وولاية الإجبار على النكاح ووافق غيره وجوب الإنفاق عليه وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الأب ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء.

١٠٦٤- **مسألة:** قال: (**وإذا هلك رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى فالولاء لابن معتقه لأن الولاء للكبر، ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى وخلف أحدهما ابنًا والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد منهم عُشْره**).

هذا قول أكثر أهل العلم، قال الإمام أحمد: روى هذا عن عمر وعثمان وعلى وزيد وابن مسعود، وروى سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعليًا وابن مسعود وزيدًا كانوا يجعلون الولاء للكبر(١٦)، وروى ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود

25- **مسألة:** (**وإذا ماتت المرأة وخلفت ابنها وعصبتها ومولاها فولاؤها لابنها وعقله على عصبتها**).

لما روى إبراهيم قال: اختصم على والزبير في مولى صفية فقال على: مولى عمتي وأنا أعقل عنه، وقال: الزبير مولى أمي وأنا أرثه، فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على عليٍّ بالعقل، ذكره الإمام أحمد ورواه سعيد في سننه وهي قصة مشهورة وعن الشعبي قال: قضى بولاء صفية للزبير دون العباس وقضى بولاء أم هانئ لجعدة بن هبيرة دون علي، ولا يمتنع كون العقل على العصبة والميراث لغيرهم كما قضى النبي ﷺ في ميراث التي قتلت هي وجنينها لابنها وعقلها على العصبة(25)، وقد روى زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبدًا ثم توفيت وتركت ابنًا لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال ﷺ: «ميراثه لابن المرأة»(26) فقال أخوها: لو جر جريرة كانت عليَّ ويكون ميراثه لهذا؟ قال: «نعم» وإنما ذكرنا هذا الحكم فيما إذا كانت المعتقة امرأة لأن المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا يعقل عن معتقها ويعقل عنها عصباتها من عشيرتها ولأن الأخبار التي رويناها إنما وردت في المرأة، أما الرجل المعتق فإنه يعقل عنه معتقه لأنه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصباته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة.

---

(١٦) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١/ ٢٦٧) والدارمي في «السنن» (٢/ ٣٠٢٥) والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٠٣).

(25) أخرجه البخاري (١٢/ ٦٧٤٠/ فتح) ومسلم (٣/ قسامة/ ١٣٠٩/ ٣٥).

(26) أخرجه الدارمي في «سننه» (٢/ ح٣٠٠٩) ولم نجده في مسند الإمام أحمد.

البدرى وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى والزهرى وقتادة وابن قسيط ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وداود كلهم، قالوا: الولاء للكبر، وتفسيره أنه يرث المولى المعتق من عصبات سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد، قال ابن سيرين: إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلا الذى أعتقه فيجعل ميراثه له، وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل إلى عصبته لأن الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وإنما يورث به فهو باق للمعتق أبدًا لا يزول عنه بدليل قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»(١٧) وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب»(١٨) وإنما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه لا نفس الولاء، ويتضح معنى هذا القول بمسألتى الخرقى اللتين ذكرناهما ههنا وهما إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لأن ابن المعتق أقرب عصبة سيده، ولو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك إذا مات المولى والمسألة الأخرى إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما ابنًا والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عُشْره، لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم

فصل: فإن كان المولى حيًا وهو رجل عاقل موسر فعليه من العقل وله الميراث لأنه عصبة معتقه وإن كان صبيًا أو معتوقًا فالعقل على عصباته والميراث له، لأنه ليس من أهل العقل فأشبه ما لو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جنى عليهم كان الأرش لهم.

فصل: ولا يَرث المولى من أسفل معتقه فى قول عامة أهل العلم، وحكى عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلاً توفى على عهد رسول الله ﷺ وليس له وارث إلا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه(27) رواه الترمذى، وقال: حديث حسن، وروى عن عمر مثل هذا، ووجه الأول قول النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبى وإعطاء النبى ﷺ له ميراثه قضية فى عين تحتمل أنه كان وارثًا بغير جهة الإعتاق، ويكون فائدة الحديث أن إعتاقه إياه لم يمنعه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه صلة تفضلاً، وإذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه، وقال الشافعى فى القديم: يعقل عنه، لأن سيده أنعم عليه فجاز أن يغرم عنه.

ولنا: أن العقل على العصبات وليس هو منهم، وما ذكروه لا أصل له وينعكس بسائر العاقلة، فإنه لم ينعم عليهم ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى إنسان دين آخر فقد غرم عنه وأنعم عليه ولا يعقل عنه.

---

(١٧) تقدم فى أول كتاب المغنى. (١٨) تقدم برقم (١١).

(27) أخرجه الترمذى (٤/ ح٢١٠٦) وأبو داود (٣/ ح٢٩٠٥) وإسناده ضعيف.

كذلك فكذلك ميراث مولاه، ولو كان الولاء موروثًا لانعكس الحكم فى المسألتين، وكان الميراث فى المسألة الأولى بين الابن وابن الابن، لأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما ثم ما صار للابن الذى مات انتقل إلى ابنه فصار ميراث الولى بينه وبين عمه نصفين، وفى المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبنى الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وشذ شريح فقال: الولاء بمنزلة المال يورث عن المعتق فمن ملك شيئًا حياته فهو لورثته.

وقد حكى عن عمر وعلى وابن عباس وابن المسيب نحو هذا، وروى عن حنبل ومحمد ابن الحكم عن أحمد نحوه وغلطهما أبو بكر فى روايتهما فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل قول الجمهور، قال أبو الحارث: سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر، فقال: كذا روى عن عمر وعثمان وعلى وزيد وابن مسعود أنهم قالوا: الولاء للكبر، إلى هذا القول أذهب، وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبدًا ثم يموت ويخلف ابنين فيموت أحد الابنين ويخلف ابنًا فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شىء مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذى ذكرناه والقياس على المال.

ولنا: قول النبىّ ﷺ: «المولى أخ فى الدين وولى نعمة وأولى الناس به أقرب من المعتق»(١٩) وقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»(٢٠) وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب»(٢١) ولأنه من أسباب التوارث فلم يورث كالقرابة والنكاح، ولأنه إجماع من الصحابة ولم يظهر

فصل فى دور الولاء: قال الشيخ ﷺ: **(إذا اشترى ابن وبنت أباهما عتق عليهما وصار ولاؤه بينهما نصفين وجر كل واحد نصف ولاء صاحبه ويبقى نصفه لمولى أمه)**.

فإن مات الأب ورثاه أثلاثًا، فإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات أخوها فميراثه لمواليه وهم أخته وموالى أمه فلموالى أمه النصف والنصف الآخر لموالى الأخت وهم أخوها وموالى أمها فلموالى الأم نصف ذلك وهو الربع ويبقى الربع وهو الجزء الدائر، لأنه خرج من الأخ وعاد إليه، ففيه وجهان: **أحدهما:** أنه لموالى الأم، لأن مقتضى كونه دائرًا أن يدور أبدًا وفى كل دورة يصير لمولى الأم نصفه، ولا يزال كذلك حتى ينفد، وهو قول الجمهور، **والثانى:** يجعل فى بيت المال، قال القاضى: لأنه مال لا مستحق له نعلمه، وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعى، والأول أولى إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن كانت المسألة بحالها إلا أن مكاتب الابن بنت فاشترت أباها عتق عليها وجر إليها ولاء أختها فإذا مات الأب فلابنتيه الثلثان بالنسب والباقى لمعتقه بالولاء، فإن ماتت التى

---

(١٩) انظر الحديث السابق. (٢٠) تقدم برقم (٢٧). (٢١) تقدم برقم (٥).

عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته، وحديث عمرو بن شعيب قد غلّطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خـلاف هذا القول وحكاه الشعبى والأئمة عن عمـر ومن ذكرنا قولهم، ولا يصح اعـتبـار الولاء بالمـال، لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منـه ذوو الفروض وإنمـا يورث به فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصبـاته يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث للمولى دون غيره كما أن السيـد لو مات فى تلك الحال ورثه وحده فإذا خلف ابن مولاه وابن ابن مولاه فماله لابن مولاه، وإن خلف ابن ابن مولاه وتسـعة بنى ابن آخر لمولاه فماله بينهم على عددهـم لكل واحد عشـره لأنهم يرثون جدهم كـذلك، ولو خلف السيـد ابنه وابن ابنه فمات ابـنه بعده عن ابن ثم مات عتـيقه فمـيراثه بين ابنى الابن نصفين، وفى قـول شريح هو لابن الابن الذى كان حـيّا عند موت ابنه، وإن مات السـيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين فمات الأخ من الأب عن ابن ثم مات العتيق فماله لابن الأخ من الأبوين، وفى قول شريح هو لابن الأخ من الأب وإن لم يخلف عـصـبة من نسب مـولاه فمـاله لمـولى مولاه ثم لأقـرب عصباته ثم لمولى مولاه فإذا انقرض عصباته وموالى الموالى وعصباتهم فماله لبيت المال.

١٠٦٥ - **مسألة:** قال: (ومن أعتق عبداً فولاؤه لابنه وعقله على عصبته).

هذه المسألة مـحمولة على أن المعـتق لم يخلف عصبة من نسـبه ولا وارثًا منهم، إذ لو خلف وارثًا من نسبه أو عـصبته كانوا أحق بمـيراثه وعقله من عصـبات مولاه وولده فليس فى ذلك إشكال، وإذا لم يخلف إلا ابن مولاه وعصبة مولاه فـماله لابن مولاه لأنه أقرب عصبات المعتق، وعقله، إن جنى جناية على عصبة مـولاه إن كان المعتق امرأة لما روى إبراهيم قال: اختصـم على والزبير فى مولى صفـية فقال على: مـولى عمتي وأنا أعقل منه، وقـال الزبير: مولى أمى وأنا أرثه فـقضى عمـر للزبير بالميـراث وقضى على علىٍّ بالعقل، ذكـر هذا الإمام أحمد ورواه سعيد فى السنن وغيره(٢٢) وهى قضية مشهـورة، وعن الشعبى قال: قضى بولاء

لم تشتـره بعد ذلك فمالهـا لأختها نصـفه بالنسب ونصفـه بأنها مولاة أبيهـا، ولو ماتت التى اشترته فلأخـتها النصف والباقى لموالى أمها، فـإن اشترت البنتان أباهما نصفين عـتق عليهما وجر إلى كل واحدة نصف ولاء أختها فإذا مات الأب فماله بين بنتيه بالنسب والولاء فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب ونصف البـاقى بما جر الأب إليها من ولاء نصفها فصـار لها ثلاثة أرباع مالها والـربع الباقى لمولى أمهـا، فإن كانت إحـداهما ماتت قبل أبيـها فمالهـا له ثم إذا مات الأب فللباقية نصف مـيراث أبيها لكونها بنتـه ونصف الباقى وهو الربع لكونها مولاة نصفـه يبقى الربع لموالى البنت التى ماتت قبله فنصفـه لهذه البنت، لأنها مولاة نصف أختهـا صار لها سبـعة أثمان ميـراثه ولمولى الأم الميتـة الثمن فإن ماتت البنت البـاقية بعدهما فمالها لمواليـها نصفه لموالى أمها ونصفه لموالى أختها الميـتة وهم أختها ومولى أمها

---

(٢٢) تقدم برقم (٩).

صفيــة للزبير دون العباس وقــضى بولاء أم هانئ لجعدة بن هبيرة دون عــلى، ولا يمتنع كون العقل على العــصبة والميــراث لغيره كمــا قضى النبىّ ﷺ بميراث التى قــتلت هى وجنينها لبنيها وعقلها على العصبة(٢٣).

وقد روى زياد بن أبى مريم: أن امرأة أعتقت عــبدًا لها ثم توفيت وتركت ابنًا لها وأخاها ثم توفى مولاها من بعدها، فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ فى ميراثه، فقال ﷺ: «مـيراثه لابن المـرأة» فقــال أخــوها: لو جَرَّ جــريرة كانت علــىَّ ويكون ميــراثه لهذا؟ قــال: «نعــم»(٢٤) وإنما حملنا مسألة الخرقى على مــا إذا كان المعتق امرأة لأن الأخبار التى رويناها إنما وردت فيها ولأن المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيــرتها فلا تعقل عن معتقها وعقل عنها عصباتها من عشيرتها، أما الرجل المعتق فإنه يعقل عن معتقه لأنه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه فى نفى العقل عنه بابن المرأة والله أعلم.

فــصل: فإن كان المولى حيّا وهو رجل عاقل مـوسر فعليه من العقل وله الميراث، لأنه عصبة معتــقه، وإن كان صبيّا أو امرأة أو معتوهًا فالعقل عــلى عصباته والميراث له، لأنه ليس من أهل العقل فأشبــه ما لو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصبــاتهم، ولو جنى عليهم كان الأرش لهم.

فــصل: ولا يرث المولى من أسفل معتــقه فى قول عامة أهل العلم، وحكى عن شــريح وطاوس أنهما ورثاه لما روى سعيد عن سفيــان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس

فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقى يرجع إلى هــذه الميتة فهذا الجزء دائر، لأنه خرج من هذه الميتــة ثم دار إليها، ففيــه الوجهان اللذان ذكرناهما، وهاتان المــسألتان أصل فى دور الولاء وفيها أقوال شاذة سواهما وهذا أصح ما قيل فيها إن شاء الله تعالى، فإن اشترت الابنتان أباهما ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ثم مات الأب فماله بينهم أثلاثًا ثم إذا مات الجد وخلف ابنتى ابنه فلهما الثلثان وللكبرى نصف الباقى لكونهــا مولاة نصفه يبقى السدس لموالى الأب، لأنه مولى نصف الجد وهما ابنــتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعــه وللصغرى ربعه وسدسه فإن كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لأبيهما فالجواب فيها كالتى قبلها.

فــصل: فإن اشترى ثلاث بنات أمــهاتهن معتقات أباهن أثلاثًا عــتق عليهن وجر إلى كل واحــدة ثلث ولاء أختــها فإن مــات الأب كان ماله بينهن أثلاثًا بالنسب والولاء، فــإن ماتت إحداهن بعده كان لأختيها الثلثــان بالنسب وثلثا ما بقى بالولاء والباقى لموالى أمها وتصح من

---

(٢٣) أخرجه البخــارى فى «الفتح» (١٢/ ٦٧٤٠) ومسلم فى «صحيحــه» (٣/ قسامة/ ١٣٠٩/ ٣٥) وأبو داود فى «سننه» (٨/ ح٤٨٣٢) والتــرمــذى فى «جامعــه» (٤/ ح٢١١١) والنســائى فى «سننه» (٨/ ح٤٨٣٢).

(٢٤) تقدم برقم (١٠).

«أن رجلاً توفى على عهد رسول الله ﷺ وليس له وارث إلا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه، قال الترمذى: هذا حديث حسن[(٢٥)]، وروى عن عمر نحو هذا.

ولنا: قول النبىّ ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[(٢٦)] ولأنه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبى، وإعطاء النبىّ ﷺ له قضية فى عين يحتمل أن يكون وارثًا بجهة غير الإعتاق وتكون فائدة الحديث أن إعتاقه له لم يمنعه ميراثه، ويحتمل أنه أعطاه وصلة وتفضلاً، إذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه، وقال الشافعى فى القديم: يعقل عنه لأن سيده أنعم عليه فجاز أن يغرم عنه.

ولنا: أن العقل على العصبات وليس هذا منهم، وما ذكره لا أصل له وينعكس كسائر العاقلة فإنه لم ينعم عليه ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى إنسان دين آخر فقد غرم عنه ولا يعقل عنه.

فصل: فإن أسلم الرجل على يدى الرجل لم يرثه بذلك فى قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى، وقد روى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه وهو قول إسحاق، وحكى عن إبراهيم أن له ولاءه ويعقل عنه، وعن ابن المسيب إن عقل عنه ورثه، وإن لم يعقل عنه لم يرثه، وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه يرثه وإن لم يواله لما روى راشد بن سعد قال: قال ﷺ: «من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه ويدى عنه»[(٢٧)] رواه سعيد وقال أيضًا: حدثنا عيسى بن يونس ثنا معاوية بن يحيى الصدفى عن القاسم الشامى عن أبى أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم على يديه رجل فله ولاؤه»[(٢٨)] وروى بإسناده عن تميم الدارى أنه قال: يا رسول الله ما السنة

تسعة، ولو ماتت إحداهن ثم مات الأب قسم ماله على سبعة وعشرين لهما الثلثان بالنسب وثلثا ما بقى بالولاء ويبقى التسع وهو حصة الميتة فلهما ثلثاه، لأن لهما ثلثى ولائها ولموالى

---

(٢٥)أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٩٤) وأيضًا أخرجه الترمذى فى «جامعه» (٤/ ٢١٠٦) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٩٠٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٢٤٢) والحديث إسناده ضعيف وعلته عوسجة، قال أحمد: لا أعرفه وذكره العقيلى فى الضعفاء وقال: قال البخارى: لم يصح ولا يتابع عليه.

(٢٦)تقدم فى أول كتاب الولاء.

(٢٧)أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ح٢٠١) من طريق الأحوص بن حكيم عن راشد بن سعد ـ به وإسناده ضعيف فيه الأحوص بن حكيم فهو ضعيف الحفظ لكن يستشهد به.

(٢٨)أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ح٢٠٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٩٨) وقال: قال أحمد: سمعت ابن حماد يقول: قال البخارى: جعفر بن الزبير الشامى عن القاسم متروك الحديث تركوه، وقال: رواه أيضًا معاوية بن يحيى الصدفى عن القاسم، ومعاوية بن يحيى أيضًا ضعيف لا يحتج به، وأخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٤/ ١٨١) وقال: الصدفى ضعيف.

فى الرجل يسلم على يدى الرجل من المسلمين؟ فقال: «هـو أولى الناس بمحياه ومماته» رواه أبو داود والترمذى وقال: لا أظنه متصلاً(٢٩).

ولنا: قول النبىّ ﷺ: «إنمـا الولاء لمن أعتق»(٣٠) ولأن أسباب التوارث غير موجودة فيـه، وحديث راشد مرسـل وحديث أبى أمامة فـيه معـاوية بن يحيى الصدفى وهو ضـعيف وحديث تميم تكلم الترمذى فيه.

فـصـل: **وإن عاقد رجل رجـلاً فقال عاقدتك على أن ترثنى وأرثـك وتعقل عنى وأعقل عنك، فـلا حكم لهذا العـقد ولا يتعلق بـه إرث ولا عقل،** وبه قال الـشافعى، وقـال الحكم وحماد وأبو حنيـفة: هو عقد صحـيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه مـا لم يعقل واحد عن الآخر فإذا عقل عنـه لزم ويرثه إذا لم يخلف ذا رحم لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ (النساء: ٣٣) ولأن هذا كالوصية ووصية الذى لا وارث له بجميع ماله جائزة.

ولنا: قول النبىّ ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأن أسباب التوارث محصورة فى رحم ونكاح وولاء، وليس هذا منهـا، والآية منسـوخة بآية الـميـراث ولذلك لا يرث مع ذى رحم شيئًا، قال الحسن: نسختها ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ﴾ (الأنفال: ٧٥) وقال مجاهد: فآتوهم نصيبهم من العـقل والنصرة والرفادة، وليس هذا بوصية لأن الوصى لا يعقل فله الرجوع وهذا عندهم بخلافه.

فـصل: **واللقيط حر لا ولاء عليه فى قول الجمهور وفقهاء الأمصار،** وروى عن عمر أن ولاءه لملتقطه، وبه قال الليث وإسحـاق، وعن إبراهيم إن نوى أن يرث منه فذلك، وقد روى عن النبىّ ﷺ: «المـرأة تحـوز ثلاثة مـواريث: لقيطـها وعـتـيقـهـا وولدها الذى لاعنت عليه»(٣١).

ولنا: قول النبىّ ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه ليس بقرابة ولا عتيق ولا ذى نكاح فلا يرث كالأجنبى والحديث فيه كلام.

أمها السدس والسدس الـباقى للميتة قبلها، لأن لها ثلث ولائهـا أيضًا فيكون هذا السدس بين مولى أم الميتـة الأولى والأختين على ثلاثة فاضرب ستة فى ثلاثة تكن ثمانيـة عشر لموالى أم الميتة الأولى ثلاثة سهم للحية وسهم لموالى أمـها وسهم يعود إلى الميتة الثانية، لأن لها ثلث ولائها فهذا هو السهم الدائر لأنه خرج من الثانية إلى الأولى ثم رجع إليها.

---

(٢٩) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٩١٨) والترمذى فى «صـحيحه» (٤/ ح٢١١٢) وابن مـاجه فى «سننه» (٢/ ح٢٧٥٢) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٣٠٣٣) وأحـمد فى «مـسنده» (٤/ ١٠٢، ١٠٣) وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات.

(٣٠) تقدم برقم (7) من كتاب الفرائض.

(٣١) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٩٠٦) والترمذى (٤/ ح ٢١١٥) وابن ماجه (٢٧٤٢) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤٩٥) والحديث إسناده ضعيف.

كتاب الوديعة

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٥٨) وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ (البقرة: ٢٨٣) وأما السنة فقول رسول الله ﷺ: «أَدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»(١) وروى عنه ﷺ «أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر عليّا أن يردها على أهلها»(٢) وأما الإجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع والعبرة تقتضيها فإن بالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم، والوديعة فعيلة من ودع الشيء إذا تركه أى هى متروكة عند المودع، واشتقاقها من السكون يقول ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة، وقيل: هى مشتقة من الخفض والدعة فكأنها فى دعة عند المودع، وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة، لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته، وهى عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ فإن أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبولها لأن المستودع متبرع بإمساكها فلا يلزمه التبرع فى المستقبل.

باب الوديعة

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ وأما السنة فقول رسول الله ﷺ: «أَدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» رواه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن، وروى عنه ﷺ أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر عليّا أن يردها على أهلها، وأما الإجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع، والعبرة تقتضيها لحاجة الناس إليها فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظها لهم، والوديعة فعيلة من ودع الشيء إذا تركه أى: هى متروكة عند المودع، واشتقاقها من السكون، يقال: ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع

---

(١) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٥٣٥) والترمذى فى «صحيحه» (٣/ ح١٢٦٤) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٥٩٧) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤١٤) والحاكم فى «مستدركه» (٢/ ٤٦) وهو حديث صحيح.

(٢) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٢٨٩).

١٠٦٦- **مسألة:** قال: (وليس على المودع ضمان إذا لم يتعدَّ) .

وجـملتـه: أن الوديعة أمانة فـإذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليـه ضمان، سواء ذهب معهـا شيء من مال المودع أو لم يذهب، هذا قول أكـثر أهل العلم روى ذلك عن أبى بكر وعلى وابن مسـعود ﷺ وبه قال شريح والنخعى ومـالك وأبو الزناد والثورى والأوزاعى والشافعى، وأصحاب الرأى، وعن أحمد رواية أخرى: إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها، لما روى عن عمر بن الخطاب ﷺ: أنه ضـمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله(٣)، قال القاضى: والأول أصح، لأن الله تعـالى سماها أمانة والضمـان ينافى الأمانة، ويروى عن عمـرو بن شعيب عن أبيـه عن جده أن النبىّ ﷺ قال: «ليس على المـستودع ضـمان»(٤) ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم، ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعدية وتفريطه كالذى ذهب مع ماله ولأن المستودع إنما يحفظها لصـاحبها متبرعًا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها وما روى عن عمر محمـول على التفريط من أنس فى حفظها فلا ينافى ما ذكـرناه، فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط فى حفظها فتلفت ضمن بغير خلاف نعلمه لأنه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع.

فـصل: إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله، أو قال: أنا ضامن لها، لم يضـمن، قال أحمد فى المودع إذا قال: أنا ضامن لها فسرقت فلا شىء عليه، وكذلك كل ما أصلـه الأمانة كالـمضاربة ومـال الشركـة والرهن والوكالـة، وبهذا قال الـثورى والشافـعى وإسحاق وابن المنذر وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف فى يد مالكه.

مستقرة، وقيل: هى مـشتقة من الحفظ والدعة فكأنها فى دعة عند المودع، وقـبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة، لأن فيـه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعـاونته، وهى عقد جائز من الطرفين مـتى أراد المودع أخـذ وديعته لزم الـمستـودع ردها للآية، وإن ردها المســتودع على صاحبها لزمه القبول، لأن المستودع متبرع بإمساكها فلا يلزمه التبرع فى المستقبل.

---

(٣) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٢٨٩).

(٤) أخرجه البيهقى فى «السنن الكـبرى» (٦/ ٢٨٩) وقال: روينا عن شريح ثم ذكره، وقال: روى فى ذلك حديث مسند بإسناد ضعيف، وأخرجه أيضًا من طريق ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «استودع وديعـة فلا ضمان عليه» وفى إسناده ابن لهـيعة مدلس وقد عنعنه، وأخرجـه ابن ماجه بنحوه (٢/ ٢٤٠١) بلفظ: «من أودع وديعة فلا ضمـان عليه» وفى إسناده المثنى وهو ابن الصباح وهو ضعيف، وأخرج الدارقطنى (٣/ ٤١) والبيهقى (٦/ ٢٨٩) من طريق مـحمد بن عبد الرحمن الحجبى بلفظ: «لا ضمان على مؤتمن».

قـلت: وإسناده ضعيف علته الحجبى فهو ضعـيف، وهذه طرق للحديث وشواهد وإن كانت ضعيفه، فبمجموعها يجعل الحديث حسنًا إن شاء الله تعالى.

١٠٦٧ - **مسألة:** قال: (**فإن خلطها بماله وهى لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله أو أودعها غيره فهو ضامن**).

فى هذه المسألة ثلاث مسائل:

إحـداهن: أن المستودع إذا خلط الوديعة بما لم تتميـز منه من ماله أو مال غيره ضمنها، سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسـها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدارهم، أو دهنًا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى.

وقال ابن القاسم: إن خلط دراهم بدراهم على وجـه الحرز لم يضمن، وحكى عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة.

ولنا: أنه خلطها بماله خلطًا لا يتميز فـوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها، ولأنه إذا خلطها بما لا يـتميز فقـد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضـمانها كما لـو ألقاها فى لجة بحر، وإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه، لأنه فعل ما أمر به فكان نائبًا عن المالك فيـه، وقد نقل مهنا عن أحمد فى رجل استودع عـشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمراه أن يخلطها فخلطها فضاعت الدراهم فلا شىء عليه، فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى، وإن اختلطت هى بغير تفريط منه فـلا ضمان عليه لأنها لو تلفت بـذلك لم يضمن فخلطها أولى، وإن خلطهـا غيره فالضمان على من خلطها لأن العدوان منه فالضمان عليه كما لو أتلفها.

المسألة الـثانية: إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها بحرز مثلها فإنه يضمنها، وحرز مثلها يذكر فى باب القطع فى السرقة، وهذا إذا لم يعـين له المودع ما يحفظها فيه، فإن عين له لزمه حفظها فيما أمره به، سواء كان حرز مثلها أو لم يكن، وإن أحرزها بمثله أو أعلى منه لم يضمنها، ويتخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة.

أ- **مسألة:** (**وهى أمانة لا ضمان عليه فيها إلا أن يتعدى وإن تلفت من بين ماله لم يضمن فى أصح الروايتين**).

وجـملة ذلك أن الوديعة أمانة إذا تلـفت من غير تعد ولا تفريط من المـودع فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شـىء من مال المودع أو لم يذهب، هذا قول أكثر أهل العلم، روى ذلك عن أبى بكر وعلى وابن مسعود ﷺ وبه قال شريح والنخعى ومالك وأبو الزناد والثورى والشافعـى وأصحاب الرأى، وعن أحمـد رواية: إن ذهبت الوديعة من بين ماله ضمنهـا، لما روى عن عمر ﷺ أنه ضمن أنس بن مالك وديعـة ذهبت من بين ماله، قال القاضى: والأول أصح، لأن الله تعالى سـماها أمانة، والضـمان ينافى الأمانة، وروى الدارقطنى عن عـمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «ليس على المودع ضمان»[1] ولأن المستودع

---

(1) انظر الحديث رقم (٤) مغنى.

المسألة الـثالثة: إذا أودعها غيره: ولها صورتان: **إحداهـما**: أن يودعها غيـره لغير عذر فعلـيه الضمـان بغيـر خلاف فى المـذهب، وهو قول شـريح ومالك والشـافعى وأبى حنيـفة وأصحـابه وإسحاق، وقـال ابن أبى ليلى: لا ضمـان عليه، لأن عليه حـفظها وإحـرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به، ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فـإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها فى حرزه.

ولنا: أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهـاه عن إيداعها، وهذا صحيح فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره، فإذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثانى لأنه دخل معه فى العقد فى أنه أمين له لا ضمان عليه، وإن أحب المالك تضمين الثانى فذكر القاضى أنه ليـس له تضمينه فى ظاهر كـلام أحمد لأنه ذكـر الضمـان على الأول فقط، وهذا مذهب أبى حنيفة لأنه قبض قبضًا موجـبًا للضمان على الأول فلم يوجب ضمانًا آخر، وفارق القـبض من الغاصب فـإنه لم يوجب الضمـان على الغاصب إنمـا لزمه الضـمان بالغـصب، ويحتمل أن له تضمين الثانى أيضًا لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالقابض من الغاصب، وهذا مـذهب الشافعى، وذكر أحمد الضمان على الأول لا ينفى الضمـان عن الثانى كما أن الضـمان يلزم الغاصب ولا ينفى وجـوبه على القابض منه فعلى هذا يستـقر الضمان على الأول، فإن ضمنه لم يرجع على أحـد وإن ضمن الثانى يرجع على الأول، وهذا القول أشبه بالصواب ومـا ذكرنا للقول الأول لا أصل له ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى إنسان عارية، أو هبة، أو وديعة لنفسه، فإما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كـامرأته وغلامه لم يضمن نص عليه أحمـد، وهو قول أبى حنيفة، وقال الشافعى: يضمن لأنـه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنهـا كما لو سلمها إلى أجنبى.

إنما يحـفظها لصاحـبها مـتبرعًا من غـير نفع يرجع إليـه فلو لزمه الضمـان لامتنع الناس من الاستيداع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليـها، وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس فى حفظها فلا ينافى ما ذكـرناه، فإن تعدى المودع فيها أو فرط فى حفظهـا ضمنها بغير خلاف علمناه، لأنه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع.

فـصل: فإن شرط المودع على المستودع ضمان الوديعة فقبله، أو قال: أنا ضامن لها، لم يضـمن، قال أحمد فى المودع إذا قال: أنا ضامن، فسرقت، فلا شىء عليه، وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة، وبه قال الثورى وإسحاق وابن المنذر، وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمـانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف فى يد مالكه.

2- مـسألة: (ويلزمه حفظها فى حرز مثلها).

إذا أودع وديعة ولم يعين المودع له مـوضعًا لها فإن المودع يلزمه حفظهـا فى حرز مثلها

ولنا: أنه حفظها بما يحفظ به ماله، فأشبه مـا لو حفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعى أو دفع البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الأجنبى فإن دفعها إليه لا يعد حفظًا منه.

الصـورة الثانيـة: إذا كان له عذر مثل إن أراد سفرًا أو خـاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره، فهذا إن قدر على ردها على صاحبهـا أو وكيله فى قبضها لم يجز له دفعها إلى غيره، فإن فعل ضمنهـا لأنه دفعها إلى غير مالكها بغير إذن منه من غير عـذر فضمنها كما لو أودعها فى الصورة الأولى، وإن لم يقدر على صاحبهـا ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن، لأنه متبرع بإمساكـها فلا يلزمه استدامته، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته، وإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها، لأن غير الحاكم لا ولاية له، ويحتمل أن يجوز له إيداعـها لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحـبها، وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لأنه موضع حاجة، وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة أو مع قدرته على الحاكم، وإن دفنها فى موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت ممـا لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده، وإن لم يعلم بها أحدًا ضمنها، لأنه فرط فى حفـظها فإنه لا يأمن أن يموت فى سفره فلا تصل إلى صاحبها، وربما نسى مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع، وإن أعلم بها غير ثقة ضـمنها، لأنه ربمـا أخذها، وإن أعلم بهـا ثقة لا يد له علـى المكان فقد فـرط، لأنه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

كما يحفظ ماله، وحرز مثلها يذكر فى باب القطـع فى السرقة، فإن لم يحفظها فى حرز مثلها ضمنها، لأنه فرط فيها، فإن وضعها فى حـرز مثلها ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها، سواء نقلهـا إلى مثل الأول أو دونه، لأن صاحـبها رد حـفظها إلى رأيه واجتـهاده وأذن له فى إحرازها بما شاء من إحراز مثلها، ولهـذا لو تركها فى الثانى أولاً لم يضمنها فكذلك إذا نقلها إليه ولو كانت العـين فى بيت صاحبهـا فقال لرجل احفظها فى مـوضعها فنقلهـا عنه من غير خوف ضـمنها، لأنـه ليس بمودع إنمـا هو وكيل فى حـفظها، وليس له إخـراجهـا من ملك صاحبها ولا من موضع اسـتأجره لها إلا أن يخاف عليها فعليه إخراجـها، لأنه مأمور بحفظها وقد تعين حـفظها فى إخراجها، ويعلم أن صاحـبها لو حضر فى هذه الحال أخـرجها، ولأنه مأمور بحفظها على صفة، فإذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع إذا خاف عليها.

3- **مسألة:** (وإن عين صاحبها حرزًا فجعلها فى دونه ضمن).

وجـملة ذلك أن المودع إذا أمر المستودع بحفظهـا فى مكان عينه فحفظها فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف، لأنه مـمتثل غير مفرط، وإن أحرزها فى دونه ضمن، لأنه مخالف ولأن صاحبها لم يرضه.

4- **مسألة:** (وإن أحرزها فى مثله أو فوقه لم يضمن).

فصل: وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها، لأنه مخالف لصاحبها وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه فرط فى حفظها وإن لم يكن كذلك فله السفر بها.

نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة، أشبه ما لو كان السفر مخوفًا.

ولنا: أنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها فى البلد، ولأنه سافر بها

وكذلك إن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير حاجة، هذا قول القاضى وهو مذهب الشافعى، لأن تقييده بهذا الحرز يقتضى ما هو مثله، كمن اكترى أرضًا لزرع الحنطة فله زرعها وزرع مثلها فى الضرر، ولأن من رضى حرزًا رضى مثله أو فوقه، وقيل: يضمن، ويحتمله كلام الخرقى لأن الأمر بشيء يقتضى تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل، وإن نقلها إلى أحرز منه فهو كما لو نقلها إلى مثله، وإن فعله لحاجة لم يضمن لما نذكره.

5- **مسألة:** (وإن نهاه المالك عن إخراجها فأخرجها لغشيان شيء الغالب منه التوى لم يضمن، وإن تركها فتلفت ضمنها وإن أخرجها لغير خوف ضمن).

إذا نهاه المالك عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه حكم ما لو لم ينهه على ما ذكرنا من الخلاف فيه، فإن أخرجها لشيء الغالب منه التوى مثل إن خاف عليها نهبًا أو هلاكًا لم يضمنها، لأنه غير مفرط فى حفظها، لأن حفظها نقلها، وتركها تضييع لها، وإن نقلها فى هذه الحال إلى دون الحرز، فإن أمكنه إحرازها فى مثله أو أعلى منه ضمنها لتفريطه، وإن لم يمكنه لم يضمن، لأن إحرازها بذلك أحفظ لها وليس فى وسعه سواه، وإن تركها فتلفت ضمن سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره، لأنه مفرط فى حفظها، لأن حفظها فى نقلها، وتركها تضييع لها، وفيه وجه آخر أنه لا يضمن، لأنه امتثل أمر صاحبها، أشبه ما لو قال: لا يخرجها، وإن خفت عليها فإن أخرجها لغير خوف ضمن، سواء أخرجها إلى مثل الحرز أو دونه أو فوقه، لأنه خالف نص صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعى، وفيه قول آخر أنه لا يضمن كما لو لم يعين له حرزًا، وقد ذكرناه وهو قول القاضى، وقال أبو حنيفة: إن نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن، لأن البيتين من دار واحدة وحرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر، فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية، وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن.

ولنا: أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن، كما لو نقلها من دار إلى دار ولا يصح هذا الفرق، لأن بيوت الدار تختلف فمنها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى الانهدام أو إلى موضع الوقود أو أسهل فتحًا أو أضعف حائطًا أو أسهل نقبًا أو يكون المالك يسكن به أو

سفرًا غير مخوف، أشبه ما لو لم يجـد أحدًا يتركها عنده، ويقوى عندى أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه بغير إذنه فهو مفـرط عليه الضمان، لأنه يفوت على صاحبها إمكان استـرجاعهـا ويخاطر بها، فـإن النبىّ ﷺ قال: «إن المسـافر وماله لـعلى قَلَت إلا ما وقى الله»(٥) أى على هلاك، ولا يلزم من الإذن فى إمساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر، ولا يفوت إمكان ردها على صـاحبها الإذن فيـما يتضمن ذلك، فـأما مع غيبة المـالك ووكيله فله السفر بها إذا كان أحفظ لها، لأنه موضع حاجته فيختار فعل ما فيه الحظ.

فـصل: وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر علي ما مضى من أحكامه إلا فى أخذها معه لأن كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده.

غيـره وأشباه هذا ممـا يؤثر فى الحفظ أو فى عدمـه فلا يجوز تفويت غـرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة.

٦- مـسـألة: (فإن قال: لا تخرجها وإن خفت عليهـا، فأخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن).

إذا أخرجـها فى هذه الحال من غيـر خوف ضمنهـا، لأنه مخالف شرط صـاحبها لغـير حاجة، وإن أخرجها عند خوفه عليهـا أو تركها لم يضمن إذا تلفت مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونًا فى تركها فى تلك الحال فلم يضمنها لامتثاله أمر صاحبها أشبه ما لو أذن فى إتلافها ولا يضمـن إذا أخرجها، لأنه زاده خيرًا وحفظًا فلم يضـمن كما لو أذن له فى إتلافها فلم يفعل حتى تلفت.

فـصل: إذا أخرج الوديعة المنهى عن إخراجها فتلفت فـادعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سيل أو أمر ظاهر وأنكر صـاحبها وجوده فـعلى المستودع البينة أنه كـان فى ذلك الموضع ما ادعاه، لأنه مما لا تتعذر إقامة البـينة عليه لظهوره فإذا ثبت ذلك كان القول قوله فى التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة، لأنه تتعذر إقامة البـينة فلم يطالب بها كما لو ادعى تلفها بأمر خفى وهذا قول الشافعـى، والحكم فى إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجـها من البيت على ما ذكرنا من التفصيل.

فصل: ولو أمره أن يجعلها فى منزله فتركها فى ثيابه وخرج بها ضمنها، لأن البيت أحرز لها وإن جاءه بها فى السوق فقال: احفظهـا فى بيتك فقام بها فى الحال فتلفت لم يضمن وإن تركها فى دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها، لأن بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا.

قال شيـخنا: ويحتمل أنه متى تركـها عنده إلى وقت مضيـه إلى منزلة فيصطحبـه معه لم

---

(٥) ذكـره الألبانى فى «الإرواء» (١٥٤٥) وقـال: ضعـيف جدًا وعـزاه إلى السلفى فى «أخـبار أبى العـلاء المعرى».

١٠٦٨ - مسألة: قال: **(وإن كانت غلة فخلطها فى صحاح أو صحاحًا فخلطها فى غلة فلا ضمان عليه).**

يعنى بالغلة المكسرة إذا خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها، لأنها تتـميز منهـا فلا يعجـز بذلك عن ردها على صاحبـها فلم يضمنهـا، كما لو تركـها فى صندوق وفيه أكياس له، وبهذا قال الشافـعى ومالك ولا نعلم فيه اختلافًا، وكذلك الحكم إذا خلط دراهم بدنانيـر، أو بيضًا بسـود، وقد حكى عن أحـمد فيـمن خلط دراهم بيضًـا بسود يضمنها، ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سوادًا أو يتغير لونها فتنقص قيمتها، فإن لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه، والله تعالى أعلم.

١٠٦٩ - مسألة: قال: **(ولو أمره أن يجعلها فى منزل فأخرجها عن المنزل لغشيان نار أو سيل أو شىء الغالب منه البوار(*) فلا ضمان عليه).**

يضمن، لأن المودع عـالم بهذه العادة راض بها ولو لم يرض بهـا لشرط عليه خلافـها وأمره بتعجيل حملها فإما أن يقبلها بهذا الشرط أو يردها.

7- مـسـألة: **(وإن أودعه بهيمـة فلم يعلفها حتى ماتت ضمنهـا إلا أن ينهاه المالك عن علفها).**

إذا أودعه بهيمة ولم يأمره بعلفها لزمـه ذلك وبه قال الشافعى، ويحتمل أن لا يلزمه، وبه قال أبو حنيفة، لأنه اسـتحفظه إياها ولم يأمره بعلفها، والعلف على مالكهـا، فإذا لم يعلفها كان هو المفرط.

ولنا: أنه لا يجوز إتلافها ولا التفريط فيها، فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها، فإن ترك علفها حـتى تلفت ضمنها، لأنه مفرط فيها، فـإن أمره صاحبها بعلفها وسـقيها لزمه ذلك لحرمة صاحبـها، لأنه أخذها منه على ذلك، ولحرمة البهيمة فـإن الحيوان يجب إحياؤه بالعلف والسـقى ويحتـمل أن لا يلزمه علفـها إلا أن يقبل ذلـك، لأن هذا تبرع به فلا يـلزمه بمجرد أمر صاحبـها كغير الوديعة والأول أولى، ثم ينظر فإن قدر المسـتودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو يردها عليه أو يأذن له فى الإنفاق عليها ليرجع به، فإن عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الأمر إلى الحاكم، فإن وجـد لصاحبها مالاً أنفق عليها منه وإن لم يجد مالاً فعل مـا يرى لصاحبها الحظ فـيه من بيعها أو بيع بعضـها أو إنفاقه عليهـا أو إجارتها أو الاستـدانة على صاحبهـا، ويدفع إلى المودع لينفـقه عليها أو إلى غـيره فينفق عليـها إن رأى ذلك، ويجوز أن يأذن للمودع أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضًا من نفسه لنفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده فى قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا فى قدر النفقة قبل قول المودع

(*) فى بعض النسخ: التَّوَى.

وجــملة ذلك: أن رب الوديعة إذا أمر المستودع بحفظها فى مكان عينه فـحفظ فيه ولم يخش عليها فـلا ضمان عليه بغير خلاف، لأنه مـمتثل لأمره غير مـفرط فى ماله، وإن خاف عليها سيلاً أو تَوًى، يعنى هلاكًا، فأخرجها منه إلى حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضًا لأن نقلهـا فى هذه الحال تعين حـفظًا لها وهو مأمور بـحفظها، وإن تركهـا مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغـيره لأنه فرط فى حفظها، لأن حفظها نقلها، وتركها تضييع لها وإن لم يخف عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه ضمنها لأنه خالفه فى الحفظ المأمور به، وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليـها نظرنا فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضًا لتفريطه وإن لم يمكنه إحـرازها إلا بما دونه لم يضمنها لأن إحرازها بذلك أحفظ

إذا ادعى النفقـة بالمعروف وإن ادعى زيادة لم يقـبل، وإن اختلفا فى قـدر المدة فالقـول قول صاحبها، لأن الأصل عدم ذلك، وإن لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسبًا بالرجوع على صاحبها وأشـهد على الرجوع رجع بما أنفق، لأنه مأذون فيه عـرفًا ولا تفريط منه إذ لم يجد حاكمًا، وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه ففيه روايتان نص عليهما فيما إذا أنفق على البهـيمة المرهونة من غـير إذن الراهن: **إحـداهمـا**: يرجع لأنه مأذون فـيه عـرفًا، **والثـانيـة**: لا يرجع، لأنه مفرط بترك استئذان الحـاكم وإن أنفق من غير إشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع إمكانه ففى الرجوع أيضًا وجهان وجههما ما ذكرنا، ومتى علف البهيمة أو سقاها فى داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل فى بهائمه على ما جرت به العادة فلا ضمان فيه لأن هذا مأذون فيه عرفًا لجريان العادة به فأشبه المصرح به.

فصل: فإن نهاه المالك عن علفها، وسقيها لم يجز له ترك علفها، لأن للحيوان حرمة فى نفسه يجب إحياؤه لحق الله تعـالى، فإن علفها وسقاها فهو كمـا لو لم ينهه، وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها، وهو قول أكثر أصحاب الشـافعى، وقال بعضهم: يضمن، لأنه تعدى بترك علفهـا أشبه ما إذا لم ينهـه وهو قول ابن المنذر لنهى رسول الله ﷺ عن إضاعـة المال[2] فيصير أمر مالكها وسكوته سواء.

ولنا: أنه ممتثل قول صـاحبها فلم يضمنها، كما لو أمره بقتلهـا ففعل، وكما لو قال: لا تخرج الوديعة وإن خـفت عليها، فخاف عليهـا ولم يخرجها، أو أمره بإلقـائها فى نار، وبهذا ينتقض ما ذكروه، ومنع ابن المنذر الحكم فيمـا إذا أمره بإتلافها فأتلفها ولا يصح، لأنه نائب صاحبها فلم يغرم، كما لو استنابه فى مباح والتحريم أثره فى بقاء حق الله تعالى وهو الإثم أما حق الآدمى فـلا يبقى مع إذنه فى تفـويته، ولأنهـا لم تتلف بفـعله وإنما تلفت بتـرك العلف المأذون فيه، أشبه ما إذا نهاه عن إخراجها مع الخوف فلم يخرجها.

---

(2) سيأتى برقم (١٠) مغنى.

لها من تركها، وليس فى وسعه سواه وإن نقلها إلى مـثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضى: لا يضمنها، وهو مذهب الشافعى، لأن تقييده بهذا الحرز يقتضى ما هو مثله كمن اكترى أرضًا لزرع حنطة فله زرعها وزرع مـثلها فى الضرر، ويحتمل كلام الخـرقى لزوم الضمان لأن الأمر بشىء يقتضى تعيينه فلا يعـدل عنه إلا بدليل، وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها إلى مـثله فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فـالحكم فيه كما لو أمره بتركـها فيه ولم ينهه عن إخراجها مـنه، إلا فى أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت فـفيه وجهان: أحدهما: يضمن لما ذكرنا فى التى قبلها، والثانى: لا يضمن لأنه ممتثل لقول صاحبها، وفى أنه إذا أخرجها لغير عـذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقـه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كـلام الشافعى، وقال أبو حنيفة، إن نهـاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخـر من الدار لم يضمن لأن البـيتـين من دار واحدة حرز واحـد وطريق أحدهمـا طريق الآخر، فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن.

ولنا: أنه خالف أمر صاحبـها بما لا مصلحة فيه فيضـمن، كما لو نقلها من دار إلى دار، وليس ما فـرق به صحيـحًا لأن ثبوت الدار يخـتلف، فمنها مـا هو أقرب إلى الطريق أو إلى موضع الوقود أو إلى الانهدام أو أسـهل فتحًا، أو بابه أسهل كسـرًا أو أضعف حائطًا أو أسهل نقبًا أو لكون المالك يسكن به أو يسكن فى غيره وأشباه هذا مما يؤثر فى الحفظ أو فى عدمه، فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غيـر ضرورة، وإن خاف عليها فى موضعها فعليه نقلها فإن تركها فتلفت ضمنها لأن نهى صاحـبها عن إخراجها إنما كان لحفظها وحفظها هـهنا فى إخراجها، فـأشبه ما لو لم ينهه عن إخراجها، فإن قال لا تخـرجها وإن خفت عليها فأخرجها من غير خوف ضمنها، وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم يضمنها لأن نهيه مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونًا فى تركها فى تلك الحال فلم يضمنها لامتثاله أمر صاحبها، كما لو قال له: أتلفـها، فأتلفها، ولا يضمن إذا أخرجها لأنه زيادة خير وحفظ فلم يضمن به كما لو قال له: أتلفها، فلم يتلفها حتى تلفت.

فـصل: **وإن أودعه وديعة ولم يعين له موضع إحرازها فإن المودع يحفظها فى حرز مثلها** أى موضع شاء، فإن وضعها فى حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها، سواء نقلها إلى مثل الأول أو دونه، لأن ربها رد حـفظها إلى رأيه واجتهاده وأذن له فى إحـرازها بما شاء من إحراز مثلها، ولهذا لو تركها فى هذا الثـانى أولاً لم يضمنها فكذلك إذا نقلها إليه، ولو كانت العين فى بيت صاحبهـا فقال لرجل: أحفظها فى موضعها، فنقلها عنه مـن غير خوف ضمنها لأنه ليس بمودع إنما هو وكيل فى حفظها وليس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجـره لها إلا أن يخاف عليها فـعليه إخراجها، لأنه مـأمور بحفظها وقد تعـين حفظها فى إخراجها، ويـعلم أن صاحبها لو حضـر فى هذه الأحوال لأخرجها ولأنه مأمـور بحفظها على صفة فإذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونه كالمستودع إذا خاف عليها.

فصل: إذا أخرج الوديعة المنهى عن إخراجها فتلفت وادعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سيل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان فى ذلك الموضع ما ادعاه، لأن هذا مما لا تتعذر إقامة البينة عليه، لأنه أمر ظاهر، فإذا ثبت ذلك كان القول قوله فى التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لأنه تتعذر إقامة البينة فلم يطالب بها، كما لو ادعى التلف بأمر خفى وهذا قول الشافعى، والحكم فى إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على، مضى من التفصيل فيه.

فصل: ولو أمره أن يجعلها فى منزله فتركها فى ثيابه وخرج بها ضمنها، لأن البيت أحرز لها، وإن جاءه بها فى السوق فقال: احفظها فى بيتك فقام بها فى الحال فتلفت فلا ضمان عليه، وإن تركها فى دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها، لأن بيته أحرز لها، هكذا قال أصحابنا، ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله فى العادة فتلفت لم يضمنها، لأن العادة أن الإنسان إذا أودع شيئًا وهو فى دكانه أمسكه فى دكانه أو فى ثيابه إلى وقت مضيه إلى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض لها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها، فإما أن يقبلها بهذا الشرط أو يردها، وإن قال: اجعلها فى كمك، فجعلها فى جيبه لم يضمنها، لأن الجيب أحرز لها لأنه إنما ربما نسى فيسقط الشيء من كمه بخلاف الجيب.

8- **مسألة:** (وإن قال اترك الوديعة فى جيبك فتركها فى كمه ضمن).

لأنه ربما نسى فسقط الشيء من كمه، وكذلك إن تركها فى يده، لأن الجيب أحرز، وإن قال: اتركها فى كمك فتركها فى جيبه لم يضمن، لأن الجيب أحرز على ما ذكرنا، وإن قال: اتركها فى كمك فتركها فى يده احتمل وجهين: أحدهما: يضمن، لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم، والثانى: لا يضمن، لأن اليد لا ينبسط عليها الطرار بالبط بخلاف الكم، ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فتساويا، ولمن نصر الأول أن يقول: متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن، لأنه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته، وعلى هذا لو أمره بتركها فى يده فجعلها فى كمه ضمن كذلك، وقال القاضى: اليد أحرز عند المغالبة والكم أحرز عند عدم المغالبة، فعلى هذا إن أمره بتركها فى يده فشدها فى كمه من غير حال المغالبة فلا ضمان عليه، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن، وإن أمره بحفظها مطلقًا فتركها فى جيبه أو شدها فى كمه لم يضمنها، وإن تركها فى كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها، لأنه مفرط، وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها، لأن هذا عادة الناس فى حفظ أموالهم، وإن شدها على عضده لم يضمن، لأن ذلك أحفظ لها، وقال القاضى: إن شدها من جانب الجيب لم يضمنها، وإن شدها من الجانب الآخر ضمن، لأن الطرار يقدر على بطها، بخلاف ما إذا

وإن قال: اجعلها فى جيبك، فتركها فى كمه ضمنها لذلك، وإن جعلها فى يده ضمن أيضًا كذلك، وإن قال: اجعلها فى كمك، فتركها فى يده ففيه وجهان: **أحدهما**: يضمن، لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم، **والثانى**: لا يضمن، لأن اليد لا يتسلط عليها الطرار بالبط(٦) والكم بخلافه، ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان، ولمن نصر الوجه الأول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن، لأنه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته، وعلى هذا لو أمر

شدها مما يلى الجيب، وهذا يبطل بما إذا تركها فى جيبه أو ربطها فى كمه فإن الطرار يقدر على بطها ولا يضمن، وليس إمكان حرزها بأحفظ الحرزين مانعًا من إحرازها بما دونه إذا كان حرزًا لمثلها، وشدها على العضد حرز لها كيفما كان، لأن الناس يحرزون به أموالهم فأشبه شدها فى الكم وتركها فى الجيب، لكن لو أمره بشدها مما يلى الجيب فشدها من الجانب الآخر ضمن، وإن أمره بشدها مما يلى الجانب الآخر فشدها مما يلى الجيب لم يضمن لأنه أحرز، وإن أمره بشدها على عضده مطلقًا أو أمره بحفظها معه فشدها من أى الجانبين كان لم يضمن، لأنه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها، وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها، وكذلك إن تركها فى بيته فى حرزها.

٩- مسألة: (وإن أمره أن يجعلها فى صندوق، وقال: لا تقفل عليها ولا تنم فوقها فخالفه، أو قال: لا تقفل عليها إلا قفلاً واحدًا فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه).

ذكره القاضى وهو ظاهر مذهب الشافعى، وحكى عن مالك أنه يضمن، لأنه خالف ربها فى شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها، أشبه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة، وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين وزيادة الاحتفاظ ينبه اللص عليها ويحثه على الجد فى سرقتها والاحتيال لأخذها.

ولنا: أن ذلك أحرز لها فلم يضمن بفعله، كما لو أمره بتركها فى صحن الدار فتركها فى البيت، وبهذا ينتقض ما ذكروه

فصل: وإن قال: اجعلها فى هذا البيت ولا تدخله أحدًا فأدخل إليه قومًا فسرقها أحدهم ضمنها، لأنه ذهبت بتعديه ومخالفته وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده، لأنه ربما شاهد الوديعة فى دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها، وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضى: لا يضمن، لأن فعله لم يكن سببًا لإتلافها ويحتمل أن يضمن، لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخلها، ولأنها مخالفة توجب الضمان إذا كان سببًا لإتلافها فأوجبته وإن لم يكن سببًا، كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة.

---

(٦) البط: الشق.

بتركها فـي يده فجعلها فى كمه ضـمن لذلك، وقال القاضى: اليد أحرز عند المغالبة، فعلى هذا إن أمر بتركهـا فى يده فشدها فى كمه عند غـير المغالبة فلا ضمـان عليه، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضـمن، وإن أمره بشدها فى كمه فأمسكها فى يده عند المـغالبة لم يضمن، وإن فعل ذلك عند غير المغالبة ضمن، وإن أمره بحفظها مطلقًـا فتركها فى جيبه أو شدها فى كمه لم يضمنها، وإن تركها فى كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لأنه مفرط، وإن كـانت ثقيلة يشعر بهـا لم يضمنها، لأن هذا عادة الناس فى حـفظ أموالهم، فإن شدها على عضده لم يضمنها لأن ذلك أحفظ لها، وقال القاضى: إن شدها من جانب الجيب

وإن قال: ضع هذا الخاتم فى الخنصر فوضعه فى البنصر لم يضمن، لأنها أغلظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضعه فى أنملتها العليا أو ينكسر لغلظها عليه فيضمنه فى الموضعين، لأن مخالفته سبب لتلفه.

10- **مسألة:** (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله كزوجته أو عبده لم يضمن).

نص على هذا أحمد وهو قول أبى حنيفة، وقال الشافعى: يضمن، لأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو دفعها إلى أجنبى.

ولنا: أنه حفظها بمـا يحفظ به ماله أشبه ما إذا حـفظها بنفسه وكما لو دفع الـماشية إلى الراعى أو البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الأجنبى، فإن دفعها إليه لا يعد حفظًا منه.

11- **مسألة:** (وإن دفعها إلى أجنبى أو حاكم ضـمن وليس للمالك مطالبة الأجنبى، وقال القاضى: له ذلك).

إذا دفع الوديعة إلى غيره لغيـر عذر فعليه الضمان بغير خـلاف فى المذهب إلا أن يدفعها إلى من جرت عـادته بحفظ ماله، وقـد ذكرناه فى المسـألة قبلها وذكـرنا الخلاف فيـه، وقال شريح ومـالك والشافعى وأبو حنيـفة وأصحـابه وإسحاق: مـتى دفعهـا إلى أجنبى أو حاكم ضمن، وقال ابن أبى ليلى: لا ضمان عليه، لأن عليه حفظها وإحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به، ولأنه يحفظ ماله بـإيداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحـفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها فى حرزه.

ولنا: أنه خالف المـودع فضمنها كمـا لو نهاه عن إيداعها فـإنه أمره بحفظها بنـفسه فلم يرض لها غيـره، فإن فعل فتلفت عند الثانى مع علمـه بالحال فله تضمين أيهما شـاء، لأنهما متعديان، ويستقر ضمانها على الثانى، لأن التلف حصل عنده وقد دخل على أنه يضمن، وإن لم يعلم الحال فله تضمين الأول، وليس للأول الرجوع على الـثانى، لأنه دخل معه فى العقد على أنه أمين لا ضمان عليه، وإن أحب المالك تضمين الثانى فليس له تضمينه فى ظاهر كلام أحمد قـاله القاضى، لأن أحمد ذكـر الضمان على الأول فقط وهذا مذهب أبـى حنيفة، لأنه قبض قبضًا مـوجبًا للضمان على الأول فلم يوجب ضمانًا آخـر، ويفارق القبض من الغاصب

لم يضمن وإن شدها من الجانب الآخر ضمنها لأن الطرار يقدر على بطها بخلاف ما إذا شدها مما يلى الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها فى جيبه أو شدها فى كمه فإن الطرار يقدر على بطها ولا يضمن وليس إمـكان إحرازها بأحفظ الحـرزين مانعًا مـن إحرازها بما دونه إذا كـان حرزًا بمثلها وشدها على العضد حرز لها كيفما كان، لأن الناس يحرزون به أموالهم فأشبه شدها فى الكم وتركهـا فى الجيب، ولكن لو أمره بشـدها مما يلى الجـيب فشدها من الجـانب الآخر ضمن، وإن أمره بشدها مما يلى الجانب الآخر فـشدها مما يلى الجيب لم يضمن لأنه أحرز، وإن أمره بشـدها على عضـده مطلقًا أو أمره بحـفظها مـعه فشـدها من أى الجانبـين كان لم يضمن، لأنه ممتثل أمـر مالكها محرز لها بحرز مثلها، وإن شـدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها فى بيته فى حرزها.

فإنه لم يوجب الضمان على الغاصب إنما لزمه الضمان بالغصب، قال شيخنا: ويحتمل أن له تضمين الثـانى أيضًا وهو قول القاضى ومذهـب الشافعى، لأنه قبض مال غـيره على وجه لم يكن له قبضـه ولم يأذن له مالكه فيضمنه كـالقابض من الغاصب، وذكر أحمـد الضمان على الأول لا ينفى الضمان عن الثانى كما أن الضـمان يلزم الغاصب ولا ينفى وجوبه على القابض منه، فعلى هذا يستـقر الضمان على الأول، فإن ضمنه لم يرجع على أحـد، وإن ضمن الثانى رجع على الأول وهذا القول أقرب إلى الصواب ومـا ذكرنا للقول الأول لا أصل له ثم منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى إنسان عارية أو هبة.

12- **مـسـألة:** (وإن أراد سفرًا أو خاف عليها عند ردها إلى مالكها أو وكيله فى قبضها إن قدر على ذلك).

ولم يجز له دفعها إلى الحاكم ولا غيـره، لأنه ليس للحاكم ولاية على الحاضر فإن فعل ضمنها، لأنه دفعها إلى غير مالكها بغير إذنه من غير عذر فضمنها كالصورة الأولى.

13- **مـسألة:** (فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها).

إذا أراد السفر بها وقد نهاه صاحبها عنه ضمنها لمخالفته وإن لم ينهه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر إليه مـخوف ضمنها لأنه فرط فى حفظهـا، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها نص عليـه أحمد سواء كـان به ضرورة إلى السفـر أو لم يكن وبهذا قال أبو حنيفـة، وقال الشافعى إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه سافر بها من غير ضرورة أشبه ما لو كان السفر مخوفًا.

ولنا: أنه نقلها إلى مـوضع مأمون فلم يضـمنها كمـا لو نقلها إلى البلد، ولأنه سافـر بها سفرًا غيـر مخوف أشبه ما لو لم يجـد أحدًا يدعها عنده، قال شيـخنا: ويقوى عندى أنه متى سافر بها مع القدرة على مـالكها أو وكيله فيها بغير إذنه فهو مفـرط عليه الضمان، لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ويخاطر بها، فإن النبى ﷺ قال: «المسافر وماله على قَلَتٍ

فـصل: وإن أمره أن يجعلها فى صندوق وقال: **لا تقفل عليها ولا تنم فوقها فخالفه فى ذلك، أو قال: لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه،** ذكره القاضى، وهو ظاهر مذهب الشافعى وحكى عن مالك أنه يضمن، لأنه خالف ربها فى شىء له فيه غرض يتعلق بحفظها، فأشبه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتفاظ بها ينبه اللص عليها ويحثه على الجد فى سرقتها والاحتيال لأخذها.

ولنا: أن ذلك أحرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها فى صحن الدار فتركها فى البيت وبهذا ينتقض ما ذكروه.

فـصل: إذا قال اجعلها فى هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل إليه قوماً فسرقها أحدهم ضمنها لأنها ذهبت بتعديه ومخالفته، وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده، لأنه ربما شاهد

إلا ما وقى الله» أى على هلاك ولا يلزم من الإذن فى إمساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت إمكان ردها على صاحبها الإذن فيما يتضمن ذلك، فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها إذا كان أحفظ لها، لأنه موضع حاجة فيختار ما فيه الحظ، وهذا الذى ذكره شيخنا فى الكتاب المشروح.

14- **مسألة: (فإن لم يجد صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن).**

لأنه متبرع بإمساكها فلا يلزمه استدامته، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته، فإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها، لأن غير الحاكم لا ولاية له، ويحتمل أن يجوز له إيداعها، لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها، وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها، لأنه موضع حاجة، وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة أو مع قدرته على الحاكم.

15- **مسألة: (فإن تعذر ذلك أودعها ثقة أو دفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار، فإن دفنها ولم يعلم بها أحداً أو أعلم بها من لا يسكن الدار ضمنها).**

إذا دفنها فى موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده، وإن لم يعلم بها أحداً ضمنها، لأنه فرط فى حفظها فإنه لا يأمن أن يموت فى سفره فلا تصل إلى صاحبها وربما نسى مكانها أو أصابها آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها، لأنه ربما أخذها، وكذلك إن أعلم بها ثقة لا يدله على المكان، لأنه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

فـصل: وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا فى أخذها معه، لأن كل واحد منهما سبب لخروجها عن يده.

الوديعة فى دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها، وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضى: لا يضمن لأن فعله لم يكن سببًا لإتلافها ويحتمل أن يلزمه الضمان لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولأنها مـخالفة فوجب الضمان إذا كانت سببًا لإتلافـها فأوجبته، وإن لم تكن سببًا كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة.

فـصل: إذا قال: ضع هذا الخاتم فى الخنصر فوضعه فى البنصر لم يضمنه، لأنها أغلظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيـها فيضعـه فى أنملتها العليا فـيضمنه أو ينكسر بها لـغلظها عليه فيضمنه أيضًا لأن مخالفته سبب لتفه.

١٠٧٠- **مـسـألة:** قـال: **(وإذا أودعه شيـئًا ثم سأله دفعـه إليه فى وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن).**

لا خلاف فى وجوب رد الوديعة عـلى مالكها إذا طلبها فأمكن أداؤها إليـه بغير ضرورة، وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾ (النساء: ٥٨) وأمر به رسول الله ﷺ فقـال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»(٧) يعـنى

16- **مـسـألة: (وإن تعدى فيهـا فركب الدابة لغير نفعهـا ولبس الثوب، أو أخذ الوديعة ليستعملها، أو ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة ضمن، لتعديه ولم يزل عنه الضمان بردها).**

وهو قول الشـافعى، وقال أبو حنيـفة: يبرأ لأنه ممـسك لها بإذن مالكهـا فأشبه مـا قبل التعدى.

ولنا: أنه ضمنها بعـدوان، فبطل الاستئمان كـما لو جحدها ثم أقر بهـا، وبهذا يبطل ما ذكره.

17- **مـسألة: (فإن جحدها ثم أقر بها فتلفت ضمنها)**..

لأنه بجحـدها خرج عن الاسـتئمـان عليها فلم يزل عنه الـضمان بالإقـرار بها، لأن يده صارت يد عدوان..

18- **مـسألة: (فإن كسر ختم كيسها أو كانت مشدوده فحل الشد ضمن).**

سواء أخرج منها شـيئًا أو لم يخرج، لأنه هتك الحرز بفعل تعـدى به، فإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضـمان ما خرق خاصة، لأنه ما هتك الحرز، وقال أبو حنيـفة: إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة، لأنه لم يتعد فى غيره.

ولنا أنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها فى صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحًا، ولا نسلم أنه لم يتعد فى غير الختم.

---

(٧) تقدم برقم (١) فى نفس الكتاب.

عند طلبها ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها إليه كالمغصوب والدين الحالّ، فإن امتنع من دفعها فى هذه الحال فتلفت ضمنها، لأنه صار غاصبًا لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب، فأما إن طلبها فى وقت لم يمكن دفعها إليه لبعدها أو لمخافة فى طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديًا بترك تسليمها، لأن الله تعالى لا يكلف نفسًا إلا وسعها، وإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه، وإن قال: أمهلونى حتى أقضى صلاتى أو آكل فإنى جائع أو أنام فإنى ناعس أو ينهضم عنى الطعام فإنى ممتلئ أمهل بقدر ذلك.

فصل: وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت مما لحمله مؤنة قلت المؤنة أو كثرت، لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله فى حفظها فى ملك صاحبها، وإنما عليه التمكين من أخذها، وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها إلى بلدها لأنه بعدها بغير إذن ربها فلزمه ردها كالغاصب.

19- مسألة: (وإن خلطها بما لا تتميز منه ضمنها).

إذا خلطها بما لا تتميز منه من ماله أو من مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو من غير جنسها، مثل أن يخلط الدراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره.

وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى، وقال ابن القاسم: إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن، وحكى عن مالك: لا يضمن إلا أن تكون دونها، لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة.

ولنا: أنه خلطها بماله خلطًا لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها، ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها فى لجة بحر، فإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه، لأنه فعل ما أمر به فكان نائبًا عن المالك فيه، وقد نقل مهنا عن أحمد فى رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها فخلطها فضاعت الدراهم فلا شىء عليه، فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى، وإن اختلطت هى بغير تفريط منه فلا ضمان عليه كما لو تلفت بغير تفريطه، وإن خلطها غيره، فالضمان على من خلطها، لأن العدوان منه أشبه ما لو أتلفها.

20- مسألة: (وإن خلطها بمتميز أو ركب الدابة ليسقيها لم يضمن أما إذا خلطها بما تتميز منه مثل إن خلط دراهم بدنانير لم يضمن).

لأنها تتميز منها، فلا يعجز بذلك عن ردها فلم يضمنها، كما لو تركها فى صندوق فيه أكياس له، وبهذا قال الشافعى ومالك، ولا نعلم فيه خلافًا، وكذلك الحكم إذا خلط بيضًا

١٠٧١- **مسألة:** قال: (**وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها**).

وجملته: أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهى دَين عليه يغرم من تركتـه، فإن كـان عليه دين سواها فـهى والدين سواء فـإن وَفَتْ تركتـه بهما وإلا اقـتسـماها بالحـصص وبهذا قـال الشعـبى والنخـعى وداود بن أبى هند ومـالك والشافـعى وأبو حنيفـة وأصحابه وإسحاق وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهرى وأبى جعفر محمد ابن على وروى عن النخعى: الأمانة قبل الدَّيْن، وقال الحارث العكلى: الدين قبل الأمانة.

ولنا: أنهمـا حقان وجـبا فى ذمته فـتساويا كـالدينين، وسواء وجد فى تركـته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع أن عندى وديعـة أو علىَّ وديعة لفلان أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة فأما إن كانت عنده وديعة فى حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هى باقية عنده أو تلفت؟ ففيه وجهان: **أحدهما:** وجوب ضمانها، لأن الوديعة يجب ردها إلا أن يثبت سقـوط الرد بالتلف من غير تعـد ولم يثبت ذلك، ولأن الجهل بعـينها كالجـهل بها وذلك لا يسقط الرد، **والثانى:** لا ضمان عليه، لأن الوديعة أمانة والأصل عدم إتلافها والتعدى فيها فلم يجب ضمـانها وهذا قول ابن أبى ليلى وأحـد الوجهين لأصـحاب الشافـعى وظاهر المذهب الأول لأن الأصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله.

بسود، وقد حكى عن أحـمد فيمن خلط دراهم بيـضًا بسود يضمنها، ولعلـه قال ذلك لكونها تكتسب منها سوادًا ويتغيـر لونها فتنقص قيمتها، فإن لم يكن فيـه ضرر، فلا ضمان عليه وإن ركب الدابة ليسـقيها أو يعلفهـا لم يضمن، لأن ركوبها لذلك مـأذون فيه عرفًـا وشرعًا، لأنه مأذون له فى سقيها كما لو أذن له فى علفها والعادة أن من يسقيها يركبها فالإذن فى السقى إذن فى الركوب المعتاد، ولهذا لو قال لوكيله: اسق الدابة، فإنه يفهم منه اركبها له.

21- **مسـألة:** (**وإن أخذ درهمًا ثم رده فـضاع الكل ضمنه وحده، اخـتاره الخرقى، وعنه يضمن الجميع**).

وجملة ذلك أن من أودع شيئًا فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ لتعديه، فإن رده أو مثله لم يزل عنه، وبهذا قـال الشافعى، وقال مالك: لا ضـمان عليه إذا رده أو مثله، وقـال أصحاب الرأى: إن لم ينفق ما أخذه ورده لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن.

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخـذ، بدليل أنه لو تلف فى يده قبل رده ضمنه، فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كـالغصوب، فأما سائر الوديعة فينظر فـيه، فإن لم تكن الدراهم فى كيس أو كانت فى كيس غير مـشدود أو كانت ثيابًا فأخذ منها واحدًا ثم رده بعـينه لم يضمن غيره، لأنه لم يتعد فى غيره، وكذلك إن رد بدله متميـزًا لما ذكرنا، وإن لم يكن متميزًا فظاهر كلام الخرقى أنه لا يضمن غيره، لأن التعدى اختص بـه فاختص الضمان به، وخلط المردود بغيره لا يقتضى ضمان الجميع، لأنه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما إذا

فصل: وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها، فإن لم يعلم بموت صاحبـها من أخذها وجب عليهم إعلامه بها وليس لهم إمسـاكها قبل أن يعلم بها ربها لأنه لم يأتمنهم عليها وإنما حصل مال غيرهم فى أيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوبًا وعلم به فعليـه إعلام صاحبـه به فإن أخَّر ذلك مع الإمكان ضمن، كـذا هـهنا، ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الميت أو ورثته أو ببينة تشـهد بها، وإن وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الظرف كانت فـيه وديعة قبل هذا أو كان وديعة لموروثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها، وكذلك لو وجد فى رُزْمانج(*) أبيه أن لفلان عندى وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسى الضرب على ما كتب أو غير ذلك.

١٠٧٢- مسألة: قال: **(وإذا طالبه بالوديعة فقال: ما أودعتنى، ثم قال: ضاعت من حرز**

خلطه بغيره، ولو أذن له صـاحب الوديعة فى الأخذ منها ولم يأمـره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهـو كرد بدل ما لم يؤذن فى أخذه، وقال القاضى: يضمـن الكل وهو قول الشافعى، لأنه خلط الوديعة بما لا تتميـز منه فضمن الكل، كما لو خلطها بغير البـدل، وقد ذكرنا فرقًا بين البدل وغيره فلا يصح القياس، وإن كانت الدراهم فى كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمنها وقد ذكرناه.

فصل: وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان فإن ردها صاحبـها إليه فهو ابتداء استئمان وإن لم يردها إليه ولكن جـدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان برئ فى ظاهر المذهب، لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برئ كما لو أبرأه من دين فى ذمته وإذا جدد له استئمانًا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان، وقد قال أصحابنا: إذا رهن المغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب، فهـهنا أولى.

22- مسألة: **(وإن أودعه صبى وديعة ضمنها ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه)**.

وجـملة ذلك أنه لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف، فـإن أودع طفل أو معتوه إنسانًا وديعة ضمنها بقـبضها، لأنه أخذ ماله بغـير إذن شرعى أشبه ما لو غصـبه، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه، وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر فى ماله، فإن كان الصبى مميزًا صح إيداعه لما أذن له فى التـصرف فيـه، لأنه كالبالغ بالنسـبة إلى ذلك، فإن خـاف أنه إذا لم يأخذه منه أتلفه لم يضـمنه بأخذه، لأنه قصـد تخليصه من الهلاك فلـم يضمنه، كما لو وجـده فى سيل فأخرجه منه.

23- مسألة: **(وإن أودع الصبى أو المعتوه وديعة فتلفت بـتفريطه لم يضمن، فإن أتلفها أو أكلها ضمنها فى قول القاضى)**.

وظاهر مذهب الشافـعى، ومن أصحابنا من قال: لا ضمان عليه، وهـو قول أبى حنيفة،

(*) رزمانج: المقصود الدفتر الذى يسجل فيه، وهى كلمة فارسية معربة.

كان ضامنًا لأنه خـرج من حال الأمانة ولو قال: ما لك عندى شىء، ثم قـال: ضاعت من حرز، كان القول قوله ولا ضمان عليه).

وجملة ذلك: أنه إذا ادعى على رجل وديعة فقال: ما أودعتنى ثم ثبت أنه أودعه، فقال: أودعتـنى وهلكت من حرزى، لم يقـبل قوله ولزمـه ضمـانها، وبهـذا قال مـالك والأوزاعى والشافـعى وإسحاق وأصحاب الـرأى لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفـسه بالكذب المنافى للأمانة، وإن أقر له بتلفـها من حرزه قبل جحده فلا ضمـان عليه، وإن أقر أنها تلفت بعد جحـوده لم يسقط عنه الضمان لأنه خرج بـالجحود عن الأمانة فصـار ضامنًا كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها، وإن أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك، وإن شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته؟ ففيه وجهان: **أحدهما:** لا تسمع لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع، **والثانى:** تسمع بينته لأن المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع

لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه فلا يلزمه، ألا ترى أنه إذا دفع إلى صغير سكينًا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته.

ولنا: أن ما ضمن بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبالغ ولا يصح قولهم أنه سلطه على إتلافـها وإنمـا استـحفظه إياها، وفـارق دفع السكين فـإنه سبب للإتلاف ودفع الوديعـة بخلافه.

24- مسألة: (وإن أودع عبدًا وديعة فأتلفها خرج على الوجهين فى الصغير).

إذا تلفت الوديعـة فإن قلنا لا يضـمن الصبى كـانت فى ذمتـه وإن قلنا يضمن كـانت فى رقبته.

فـــصل: وإذا أودعه شـيئًا ثم سأله دفـعه إليه فى وقت أمكنه ذلك فلم يفـعل حتى تلف ضـمنه، ولا نعلم خلافًا فى وجوب رد الوديعة على مالكهـا إذا طلبها فأمكن أداؤها إليه بغير ضرورة، وقد أمر الله تعـالى بذلك فقال تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾ (النساء: ٥٨) وقال رسول الله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» يعنى عند طلبها، ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها إليه كالمغصوب والدين الحال، فإن امتنع من دفـعها فى هذه الحال فتلفت ضمنهـا، لأنه صار غاصبًا، لأنه أمسـك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم أشبه الغاصب، فأما إن طلبها فى وقت لم يمكن دفعها لبعدها أو لمخافة فى طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لـم يكن متعديًا بترك تسليمها، لأن الله تعالى لا يكلف نفسًا إلا وسعـها، فإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه، وإن قـال: أمهلونى حتى أقضى صلاتى أو آكل فـإنى جائع أو أنام فإنى ناعس أو ينهضم عنى الطعـام فإنى ممتلئ أمـهل بقدر ذلك.

فصل: وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت مما لحملها مؤنة قلَّت

البينة به فإن شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان لأن الأصل وجوبه فلا ينتفى بأمر متردد، وأما إذا ادعى الوديعة فقال: ما لك عندى شيء أو لا تستحق علىّ شيئًا فقالت البينة بالإيداع أو أقر به المودع ثم قال: ضاعت من حرز، كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه، لأن قوله لا ينافى ما شهدت به البينة ولا يكذبها، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئًا، لكن إن ادعى تلفها بعد جحوده أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود وأنها كانت عنده حال جحوده فعليه ضمانها لأن جحوده أوجب الضمان عليه فصار كالغاصب.

المؤنة أو كثرت، لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص، فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله فى حفظها فى ملك صاحبها، وإنما عليه التمكين من أخذها، فإن سافر بها بغير إذن ربها ردها إلى بلدها، لأنه بَعَّدها بغير إذن ربها فلزمه ردها كالغاصب.

فصل: إذا مات الرجل وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهى دين عليه تغرم من تركته، فإن كان عليه دين سواها فهما سواء، إن وفت تركته بهما وإلا اقتسماها بالحصص، وبه قال الشعبى والنخعى وداود وابن أبى هند ومالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق، وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهرى وأبى جعفر محمد بن على، وروى عن النخعى: الأمانة قبل الدين، وقال الحارث العكلى: الدين قبل الأمانة.

ولنا: أنهما حقان وجبا فى ذمته فتساويا كالدينين، وسواء وجد فى تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد، وهذا إذا أقر المودع أن عندى وديعة أو على وديعة لفلان أو ثبتت بينة أنه مات وعنده وديعة، فأما إن كانت عنده وديعة فى حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هى باقية عنده أو تلفت؟ ففيه وجهان: **أحدهما**: وجوب ضمانها، لأن الوديعة يجب ردها إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك، ولأن الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد، **والثانى**: لا ضمان عليه، لأن الوديعة أمانة، والأصل عدم إتلافها والتعدى فيها فلم يجب ضمانها، وهذا قول ابن أبى ليلى وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى، والأول ظاهر المذهب، لأن الأصل وجود الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من رد أو تلف أو إذن فى دفعها إلى إنسان إذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف**، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله، وقال أكثرهم: مع يمينه، وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه، وبه قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وإسحاق، وبه قال مالك إن كان دفعها إليه بغير بينة، وإن كان أودعه إياها ببينة لم يقبل قوله فى الرد إلا ببينة، وحكاه القاضى أبو الحسين رواية عن أحمد.

فـــصل: إذا نوى الخيانة فى الوديعـة بالجحود أو الاستعمال ولم يفـعل لم يصر ضامنًا، لأنه لم يحدث فى الوديعة قولاً ولا فعلاً فلا يضمن كما لو لم ينوِ، وقال شريح: يضمنها لأنه أمسكها بنية الخيانة فيضمنها كالملتقط بقصد التمليك.

ولنا: قول النبىّ ﷺ: «عفى عن أمتى الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعـــمل به»[٨] ولأنه لم يخن فيـها بقول ولا فـعل فلم يضمنها كـالذى لم ينو، وفارق الملتقط بقصد التملك فإنه عمل فيها بأخـذها ناويًا للخيانة فيها، فوجب الضمان بفعله المنوى لا بمجرد النية، ولو التقطها قاصدًا لتعريفها ثـم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه كانت كمسألتنا، ولو أخرجها بنيـة الاستعمال ولم يستعـملها ضمنها وبهذا قال الشافـعى، وقال أبو حنيفة: لا يضمنها إلا بالاستعمال لأنه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها.

ولنا: أنه تعدى بإخراجها أشبه ما لو استعملها بخلاف ما إذا نقلها.

فـصل: والمودع أمين والقولِ قوله فيمـا يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف، قـال ابن المـنذر[٩]: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المـودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله، وقال أكثرهم مع يمينه، وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضًـا، وبه قال الثورى والشافعى وإسـحاق وأصحاب الرأى، وقـال مالك: إن كان دفعها إليه بغير بينة وإن كان أودعه إياها ببينة لم يقبل قوله فى الرد إلا ببينة.

ولنا: أنه أمين لا منفعة له فى قـبضها فقبل قوله فى الرد بغير بينة كـما لو أودع بغير نية، وإن قال: دفعتها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكهـا الإذن فى دفعها فالقول قول المودع، نص عليه أحمد فى رواية ابن منصـور وهو قول ابن أبى ليلى، وقال مالك والثورى والعنبـرى وأصحاب الرأى: القول قول المالك لأن الأصل عدم الإذن وله تضمينه.

ولنا: أنه أمين لا منفعة له فى قبضها فقـبل قوله فى الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة، وإن قال: دفعتهـا إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها الإذن فى دفعها فـالقول قول المودع نص عليه أحمد فى رواية ابن منصـور وهو قول ابن أبى ليلى، وقال مالك والثورى والعنبـرى وأصحاب الرأى: القول قول المالك، لأن الأصل عدم الإذن وله تضمينه.

ولنا: أنه ادعى دفعًا يبرأ به من الوديعة فكان القـول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها، ولو اعترف المالك بالإذن ولكن قـال: لم يدفعها، فالقول قول المـستودع أيضًا، ثم ينظر فى المدفوع إليـه فإن أقر بالقبض وكـان الدفع فى دين فقد برئ الكل، وإن أنكر فالـقول قوله مع

---

(٨) أخرجـه البـخارى (٩/ ح٥٢٦٩/ فـتح) ومسلم (١/ إيمـان/ ٢٠١/ ١١٦) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ٢٢٠٩) والترمذى (٣/ ١١٨٣) والنـسائى (٦/ ٣٤٣٤) وابن ماجه (١/ ٢٠٤٠) وأحمـد فى «مسنده» (٢/ ٢٥٥، ٤٢٥، ٤٨١).

(٩) انظر الإجماع لابن المنذر (١١٨/ ٥٦٣).

ولنا: أنه ادعى دفعًا يبرأ به من الوديعة فكان القـول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها، ولو اعتـرف المالك بالإذن ولكن قال: لم يدفعـها، فالقـول قول المستـودع أيضًا ثم ننظر فى المدفوع إليه، فـإن أقر أنه قبضه وكان الدفع فى دين فقـد برئ الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه.

وقد ذكر أصحـابنا أن الدافع يضمن، لكونه قضى الدين بغيـر بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة، لأن المـودع مفرط لكونه أذن فى قضاء يبرئه من الحق ولم يبـرأ بدفعه فكان ضامنًا سواء صدقه أو كذبه، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة لأن المودع يقبل قوله فى التلف والرد، فلا فائدة فى الإشهاد عليه، فـعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضًا ويكون ذهابها من مالكها.

فـــصل: وإذا أودع بهيمة فـأمره صاحبها بعلفهـا وسقيها لزمه ذلك لوجـهين: أحدهما: لحرمة صاحبها لأنه أخذها منه على ذلك، **والثانى:** لحرمة البهيمة فإن الحيوان يجب إحياؤه بالعلف والسقى، ويحـتمل أن لا يلزمه علفـها إلا أن يقبل ذلك، لأن هذا تبرع منه فـلا يلزمه بمجرد أمـر صاحبها كـغير الوديعة، وإن أطلق ولم يأمـره بعلفها لزمه ذلك أيضًـا، وبهذا قال الشافعى ويحتـمل أن لا يلزمه ذلك، وبه قال أبو حنيفة لأنه استحـفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها، فإذا لم يعلفها كان هو المفرط فى ماله.

ولنا: أنه لا يجوز إتلافها ولا التفريط فيها فإذا أمـره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها، ثم ننظر فإن قدر المسـتودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفـاق عليها أو بردها عليه أو يأذن له فى الإنفاق عليها ليـرجع به، فإذا عجز عن صاحبها أو وكـيله رفع الأمر إلى الحاكم، فإن وجد لصاحبها مالاً أنفق عليها منه، وإن لم يجد مالاً فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها

يمينه، وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضـمن لكونه قضى الدين بغير بينة، ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة، لأن المودع مفرط لكونه أذن له فى قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامنًا سواء صدقه أو كذبه وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة، لأن المودع يقبل قوله فى التلف والرد فلا فـائدة فى الإشهاد عليه فـعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخـر ويبرأ أيضًا، ويكون ذهابها من مالكها، وإن ادعى عليه خـيانة أو تفريطًا فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم ذلك أشبه الوكيل.

25- مـسـألة: (وإن قال لم تودعنى ثم أقـر بها أو ثبتت ببـينة ثم ادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله وإن أقام بينة، ويحتمل أن تقبل بينته).

إذا ادعى على رجل وديعة فأنكر ثم ثبت أنه أودعه فـقال أودعتنى وهلكت من حرزى لم يقبل قوله وعليـه ضمانها، وبهذا قـال مالك والشافعى وإسحـاق وأصحاب الرأى لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافى للأمانة، وإن أقر صاحبها له بتلفها من حرزه

أو بيع بعضها وإنفاقـه عليها أو إجارتها أو الاستدانة على صاحبـها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لـينفقه عليـها، وإن رأى دفعه إلى غـيره ليتـولى الإنفاق عليها جاز، وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه إليه ليتولى الإنفاق عليها، لأنه أمين عليها، ويجوز أن يأذن له الحاكم فى أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضًا لنفسه من نفسه ويَكِلُ ذلك إلى اجتهاده فى قدر مـا ينفق ويرجع به على صاحبها، فإن اختلفا فى قدر النفـقة فالقول قول المودع إذا ادعى النفقـة بالمعروف، وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له، وإن اخـتلفا فى قدر المدة التى أنفق فيـها فالقول قول صـاحبها لأن الأصل عدم ذلك، فـإن لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محـتسبًا بالرجوع على صاحبها وأشـهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة، لأنه مأذون فـيه عُرفًا ولا تـفريط فيه إذا لم يجـد حاكمًـا، وإن فعل ذلك مع إمكان استـئذان الحاكم من غـير إذنه فهـل له الرجوع؟ يخرج على روايتـين نص عليهـما فيـما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن وفى الـضامن إذا ضمن وأذن بغير إذن المضمون عنه هل يرجع به؟ على روايتين: **إحداهـما**: يرجع به لأنه مأذون فيه عرفًا، **والثانـية**: لا يرجع لأنه مفرط بتـرك استئذان الحاكم، وإن أنفق من غيـر إشهاد مع العجز عن استـئذان الحاكم أو مع إمكانه ففى الرجوع وجهان أيضًا كذلك، ومتى علف البهيمة أو سقاها فى داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صـاحبه ففعل ذلك كمـا يفعل فى بهائمه على ما جرت به العـادة فلا ضمان عليه لأن هذا مأذون فيه عرفًا لجريان العادة به فأشبه المصرح به.

قبل جحدها فلا ضمان عليه وإن أقر أنها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان، لأنه خرج بجحوده عن الأمانة فـصار ضامنًا كمن طولب بالوديعة فامـتنع من ردها، وكذلك إن أقام بينة بتلفها بعـد الجحود لذلك، وإن شهدت بتلفها قـبل الجحود من الحرز فهل تسمـع بينته؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا تسمع لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع، **والثانى**: تسمع، لأن صاحبها لو أقر بذلك سقط عنه فتسمع البينة به، فإن شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان: لأن الأصل وجوبه فلا ينتفى بأمر متردد.

26- مـسألة: (وإن قال: ما لك عندى شىء قبل قوله فى الرد والتلف).

إذا قـامت بينة بالإيداع أو أقـر به المودع بـعد قـوله: مـا لك عندى شىء أو لا حق لك على، ثم قال: ضاعت من حـرزى كان القول قوله مع يمينه، ولا ضمـان عليه، لأن قوله لا ينافى ما شـهدت به البينة ولا يكذبها، فـإن من تلفت الوديعة من حرزه بغيـر تفريطه لا شىء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئًا.

فـــصـل: فإن نوى الخيـانة فى الوديعة بالجحـود أو الاستعمال ولم يفـعل ذلك لم يصر ضـــامـنًا، لأنه لم يحدث فى الوديعة قـولاً ولا فعلاً فلم يضمن، كـما لو لم ينو، وقال ابن شريح: يضمن، لأنه أمسكها بنية الخيانة فضمنها كاللقطة بقصد التمليك.

فـــصل: وإن أودعه البـهيمة وقـال: لا تعلفها ولا تسـقها، لم يجز له ترك علفـها، لأن للحيوان حرمة فى نفـسه يجب إحياؤه لحق الله تعالى، فإن علفها وسـقاها كان كالقسم الذى قبله، وإن تركها حتى تـلفت لم يضمنها، وهذا قول عامة أصحاب الشـافعى، وقال بعضهم: يضمن، لأنه تعدى بترك علفها أشبه إذا لم ينهه، وهذا قول ابن المنذر لنهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال(١٠)، فيصير أمر مالكها وسكوته سواء.

ولنا: أنه ممتثل لأمر صاحـبها فلم يضمنها كما لو قال: اقتلها فـقتلها، وكما لو قال: لا تخرج الوديعة وإن خفت عليها، فخاف عليها ولم يخرجها، أو أمره صاحبها بإلقائها فى نار أو بحر، وبهذا ينتقض ما ذكروه، ومنع ابن المنذر الحكم فيمـا إذا أمره بإتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لأنه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئًا كـما لو استنابه فى مباح والتحريم أثره فى بقاء حق الله تعالى وهو التأثيم أما حق الآدمى فلا يبـقى مع إذنه فى تفويته، ولأنها لم تتلف بفعله وإنما تلفت بتـرك العلف المأذون فيه، أشـبه ما لو قال له: لا تخـرجها إذا خفت عليـها فلم يخرجها.

١٠٧٣- مسألة: قال رحمه الله: **(ولو كان فى يده وديعة فادعاها نفسان فقال: أودعنى أحدهما ولا أعرفه عينًا، أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسُلِّمت إليه).**

وجملته: أن من كانت عنده وديعة فادعاها نفسان فأقر بها لأحدهما سُلِّمت إليه، لأن يده دليل ملكه فلو ادعـاها لنفسه كـان القول قوله، فـإذا أقر بها لغـيره وجب أن يقـبل ويلزمه أن يحلف الآخر لأنه منكر لحـقه فإن حلف برئ وإن نكل لزمـه أن يغرم له قيـمتها، لأنه فـوَّتها

ولنا: قول النبى ﷺ: «عـفى لأمتى عن الخطأ والنسيان ومـا حدثت به أنفسـها ما لم تتكلم به أو تعمل به» ولأنه لم يـخن فيها بقـول ولا فعل فلم يضمنها كـالذى لم ينو، وفارق الملتقط بقصد التمليك فإنه عمل بها بأخذها ناويًا للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوى لا بمجرد النية، ولو التقطها قاصدًا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه كانت كمسألتنا، وإن أخرجـها بنية الاستـعمال فلم يسـتعملها ضـمنها، وبهذا قـال الشافعى، وقال أبو حنيـفة: لا يضمنها إلا بالاستعمال، لأنه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها.

ولنا: أنه تعدى بإخراجها أشبه ما لو استعملها، بخلاف ما إذا نقلها.

27- مسألة: (وإن مات المودع فادعى وارثه التسليم لم يقبل إلا ببينة).

لأن صاحبهـا لم يأتمنه عليها، فلا يقبل قـوله عليه بخلاف المودع فإنه ائتمنه فـقبل قوله بغير بينة.

28- مسألة: (فإن تلفت عنده قبل إمكان ردها لم يضمنها).

لأنه لا تفريط منه ولا تعد وإن كان بعد الإمكان فتلفت، ففيه وجهان: **أحدهما:** يضمنها

---

(١٠) «متفق عليه». وتقدم فى المسألة رقم (٧٩٥) حديث رقم (١٧).

عليه، وكذلك لو أقر للثـانى بها بعد أن أقر بها للأول سُلِّمت إلى الأول لأنه استحـقها بإقراره وغرم قيمتها للـثانى، نص على هذا أحمد وإن أقر بها لهما جميعًا فـهى بينهما ويلزمه اليمين لكل واحد منهمـا فى نصفها، وإن قال: هى لأحدهما لا أعـرفه عينًا فاعترفـا له بجهله تعين المستحق لها فلا يمين عليه، وإن ادعيا مـعرفته، فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك، وقال أبو حنيفة: يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لهما.

ولنا: أن الذى يُدّعى عليه أمر واحد وهو العلم بعين المـالك فكفاه يمين واحدة، كما لو ادعياها فـأقر بها لأحدهما، ويفارق مـا إذا أنكرهما، لأن كل واحد منهما يدّعى أنها لـه فهما دعويان فإن حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه.

وقال الشافعى: يتـحالفان ويوقف الشىء بينهما حـتى يصطلحا، وهو قول ابن أبى ليلى، لأنه لا يعلم المالك منهما، وللشـافعى قول آخر إنها تقسم بينهما كمـا لو أقر بها لهما، وهذا الذى حكاه ابن المنذر عن ابن أبى ليلى وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه فيما حكى عنهم قالوا: ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منهما لأنه فوت ما استودع بجهله.

ولنا: أنهمـا تساويا فى الحق فـيما ليس بـأيديهما فـوجب أن يقرع بينهـما كالعـبدين إذا أعتقهما فى مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر بإحدى نسائه، وقول أبى حنيفـة ليس بصحيح، فإن الـعين لم تتلف، ولو تلفت بغيـر تفريط منه فلا ضمـان عليه وليس فى جهله تفريط إذ ليس فى وسعه أن لا ينسى ولا يجهل.

١٠٧٤- **مـسـألة:** قـال: (ومن أودع شيئًا فأخذ بعـضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ).

وجـملـتـه: أن من أودع شيئًا فـأخذ بعضه لزمه ضمان مـا أخذ، فإن رده أو مثله لم يزل الضمان عنه، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: لا ضمان عليه إذا رده أو مثله، وقال أصحاب الرأى: إن لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن.

لتأخر ردها مع إمكانه، والآخر: لا يضمنها، لأنه غير متعد فى إثبات يده عليها، إنما حصلت فى يده بغير فعله.

فـــصل: إذا مات المودع وعنـده وديعة معلومة بعينـها فعلى وارثه تمكين صاحـبها من أخذها فإن لم يفعل ضمن كالمودع، فإن لم يعلم صاحبها بموت المودع فعلى الورثة إعلامه، وليس لهم إمسـاكها قبل أن يعلم بهـا ربها، لأنه لا يأتمنهم عليهـا، وإنما حصل مال غـيرهم بأيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوبًا وعلم به فعليه إعلام صاحبه به، فإن أحرز ذلك مع الإمكان ضمن كذا هـهنا.

فـصل: ولا تثبت الوديعة إلا بإقـرار من الميت أو ورثته أو بينة، وإن وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليـهم لجواز أن يكون الوعاء كانت فيه، وديعـة قبل هذه، أو كان وديعة

ولنا: أن الضمان تعلـق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف فى يده قـبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبـه كالمغصوب، فـأما سائر الوديعة فينظر فـيه فإن كان فى كيس مـختوم أو مشدود فَكَسَرَ الختم أو حَلَّ الشدَّ ضـمن سواء أخرج منه أو لم يخرج، لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به، وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة، لأنه ما هتك الحرز، وإن لم تكن الدراهم فى كيس أو كـانت فى كيس غير مشـدود أو كانت ثيابًا فأخـذ منها واحدًا ثم رده بعينه لم يضـمن غيره لأنه لم يتعـد فى غيره، وإن رد بدله وكان مـتميزًا لم يضـمن غيره لذلك، وإن لم يكن متميزًا فظاهر كلام الخرقى هـهنا أنه لا يضمن غيره لأن التعدى اختص به فيخـتص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقـتضى الضمان لأنه يجب رده معـها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما إذا خلطه بغـيره، ولو أذن له صاحب الوديعة فى الأخذ منها ولم يأمـره برد بدله فأخـذ ثم رد بدل مـا أخذ فـهو كـرد بدل مـا لم يؤذن فى أخذه، وقـال القاضى: يضمن الكل وهو قول الشافعى لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل، وقد ذكرنا فرقًا بين البدل وغيره فلا يصح القياس، وقال أبو حنيفة: إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لأنه لم يتعد فى غيره.

ولنا: أنه هتك حرزها فـضمنها إذا تلفت كـما لو أودعه إياها فى صندوق مـقفل ففتـحه وتركه مفتوحًا، ولا نسلم أنه لم يتعد فى غير الختم.

فـــصل: وإذا ضمن الوديعـة بالاستـعمال أو بالـجحد ثم ردها إلى صـاحبـها زال عنه الضمان، فإن ردها صاحبها إليه كان ابتداء استئمان وإن لم يردها إليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان برئ من الضمان فى ظاهر المـذهب، لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برئ كمـا لو أبرأه من دين فى ذمته، وإذا جـدد له استئمـانًا فقد انتهـى القبض المضمـون به فزال

لموروثهم عند غـيره، أو كانت وديعة فـابتاعهـا، وكذلك لو وجد فى رزمانج أبيـه أن لفلان عندى وديعة كذا لم يلزمه بذلك، لجواز أن يكون قد ردها ونسى الضرب على ما كتب أو غير ذلك، وهذ قول أصحاب الشافعى، وحكى القاضى أبو الحسين أن المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه، أومأ إليه أحمد، كما لو وجد فى رزمانج أبيه دينًا على غيره بخط أبيه كان له أن يعـمل على خطه ويحلف على اسـتحقـاقه بالخط، فـإذا وجد دينًا عليـه كان أولى وأحوط.

29- مـسألة: **(وإن ادعى الوديعة اثنان فأقر بها لأحدهما فهى له مع يمينه).**

لأن يده دليل على ملكه بدليل، أنه لو ادعاها لنـفسه كان القول قـوله فكذلك إذا أقر بها لغيـره ويلزمه أن يحلف للآخر لأنه منكر لحـقه، فإن حلف برئ، وإن نكل لزمـه أن يغرم له قيمـتها، لأنه فوتهـا عليه، وكذلك لو أقر له بهـا بعد أن أقر بها للأول فـإنها تسلم إلى الأول ويغرم قيمتها للثانى، نص عليه أحمد.

الضمان، وقد قال أصحابنا: إذا رهن المـغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب، فههنا أولى.

فـصل: ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن(١١) فيهـا ثم ردها إلى موضعهـا بنية الأمانة لم يبرأ مـن الضمان، وبهذا قـال الشافـعي، وقال أبو حنيفة: يبرأ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدى.

ولنا: أنه ضمنهـا بعدوان فبطل الاسـتئمان كـما لو جحـدها ثم أقر بها، وبهـذا يبطل ما ذكروه.

فـصل: ولا يصح الإيداع إلا من جائز التـصرف، فإن أودع طفل أو معتوه إنسانًا وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عـنه بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له فى ماله أو الحاكم، فإن كان الصبى مميزًا صح إيداعه لمـا أذن له فى التصرف فيه لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك فإن أودع رجل عند صبى أو معـتوه وديعة فتلفت لم يضمنها، سـواء حفظها أو فرط فى حفظـها، فإن أتلفـها أو أكلهـا ضمنهـا فى قول القاضـى وظاهر مذهب الشـافعى، ومن أصحابنا من قـال لا ضمان عليه وهو قول أبى حنيفـة لأنه سلطه على إتلافها بدفعهـا إليه فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينًا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته.

30- مـسألة: (وإن أقر بها لهما جميعًا فهى بينهما).

ويلزمه اليمين لكل واحد منهما فى نصفها، وإن قـال لا أعرف صاحبها فاعترفا له بجهله بعين المستحق لها فلا يمين عليه، وإن ادعيا معرفته لزمته يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك، وقال أبو حنيفة: يحلف يمينين كما لو أنكرهما.

ولنا أن الذى يدعى عليه أمر واحـد، وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحـدة كما لو ادعياها فـأقر بها لأحدهما، ويفـارق ما إذا أنكرهما، لأن كل واحد منهمـا يدعى عليه أنها له فهما دعويان، فإن حلف أقرع بينهما وسلمت إلى من تقع له القرعة، وقال الشافعى: يتحالفان ويوقف الشيء بينهمـا حتى يصطلحا، وهذا قـول ابن أبى ليلى، لأنه لا يعلم المالك منهـما، وللشافعى قول آخـر: أنها تقسم بينهما كما لو أقر بـها لهما، وهذا الذى حكاه ابن المنذر عن ابن أبى ليلى، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه فيـما حكى عنهم، قالوا: ويضمن المودع نصفها لكل واحد منهما، لأنه فوت ما استودع بجهله.

ولنا: أنهمـا تساويا فى الحق فـيما ليس بـأيديهما فـوجب أن يقرع بينهـما كالعـبدين إذا أعتقـهما فى مرضـه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهمـا، أو كما لو أراد السفر بإحـدى نسائه، وقول أبى حنيفة لا يصح فـإن العين لم تتلف ولو تلف بغير تفريط منه فـلا ضمان عليه وليس فى جهله تفريط إذ ليس فى وسعه أن لا ينسى ولا يجهل.

---

(١١) فى نسخة ليخون.

ولنا: أن ما ضـمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبالغ، ولا يصح قولهم إنه سلطه على إتلافها وإنما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين فإنه سبب للإتلاف ودفع الوديعة بخلافه.

فصل: وإن أودع عبدًا وديعة خرج على الوجهين فى الصغير، إن قلنا لا يضمن الصبى فأتلفها العبد كانت فى ذمته، وإن قلنا يضمن كانت فى رقبته.

فصل: وإن غصبت الوديعة من المودع قهرًا فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه، لأن الإكراه عذر لها يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرًا.

31- **مسألة: (وإن أودعه اثنان مكيلاً أو موزونًا فطلب أحدهما نصيبه سلمه إليه).**

لأن قسمته ممكنة بغير غبن ولا ضرر، اختاره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه لا يجوز فى غيبة الشريك إلا أن يحكم بها حاكم، قاله القاضى.

32- **مسألة: (وإن غصبت الوديعة فهل للمودع المطالبة بها؟ على وجهين).**

أحدهما: له المطالبة بها، لأنه مأمور بحفظها، وذلك من حفظها، **والثانى**: ليس له ذلك، لأنه لم يؤمر به ولا ضمان على المودع سواء أخذت من يده قهرًا أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه، لأن الإكراه عذر له يبيح دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرًا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب قسمة الفىء والغنيمة والصدقة

الفىء: هو الراجع إلى المسلمين من مال الكفار بغير قتال، يقال: فاء الفىء إذا رجع نحو المشرق، والغنيمة ما أخذ منهم قهرًا بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منهما فى الحقيقة فىء وغنيمة، وإنما خص كل واحد منهما باسم مُيز به عن الآخر، والأصل فيهما قول الله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ﴾ (الحشر: ٧) وقوله سبحانه: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ (الأنفال: ٤١) الآية.

١٠٧٥- **مسألة:** قال: **(والأموال ثلاثة: فىء وغنيمة وصدقة).**

يعنى والله أعلم أن الأموال التى تليها الولاة من أموال المسلمين فإنها ثلاثة أقسام: قسمان يؤخذان من مال المشركين، **أحدهما:** الفىء وهو ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذى تركوه فزعًا من المسلمين وهربوا، والجزية عُشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا إلينا تجارًا ونصف عشر تجارات أهل الذمة، وخراج الأرضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له، **والغنيمة:** ما أخذ بالقهر والقتال من الكفار، **والقسم الثالث:** الصدقة وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيرًا له وهو الزكاة وقد ذكرناها، يروى «أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾ حتى بلغ: ﴿عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (التوبة: ٦٠) ثم قال: هذه لهؤلاء، ثم قرأ: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ حتى بلغ: ﴿وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ ثم قال هذه لهؤلاء ثم قرأ: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ﴾ حتى بلغ: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ ثم قال: هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعى وهو بسَرْو حِمْيَر نصيبه منها لم يعرق به جبينه»[(١)].

فصل: ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى من الأمم وإنما علم الله ضعفنا فطيبها لنا رحمة لنا ورأفة بنا وكرامة لنبينا ﷺ، روى عن النبىّ ﷺ أنه قال: «أعطيت خمسًا لم يعطهن نبى قبلى ـ فذكر فيها ـ أحلت لى الغنائم» متفق عليه[(٢)] وقال سعيد: حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لم تحل الغنائم لقوم سود الرءوس غيركم، كانت تنزل نار من السماء فتأكلها»[(٣)] ثم كانت فى أول الإسلام لرسول الله ﷺ بدليل قول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنفَالِ قُلِ الْأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ (الأنفال: ١)

---

(١) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٣٥١، ٣٥٢) وإسناده صحيح، وذكره الألبانى فى الإرواء (٥/ ٨٤) والسرو من الجبل: ما ارتفع عن مجرى السيل وانحدر عن غلظ الجبل، ومنه سرو حمير لمنازلهم بأرض اليمن، وهو من مواضع (معجم البلدان ٣/ ٢١٧).

(٢) أخرجه البخارى (١/ ٣٣٥/ فتح) ومسلم (١/ مساجد/ ٣/ ٣٧٠، ٣٧١).

(٣) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٢٩٠٦) والترمذى أيضًا (٥/ ح٣٠٨٥) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٥٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٢٩٠) والحديث إسناده صحيح.

ثم صار أربعة أخماسها للغانمين والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ فأضاف الغنيمة إليهم وجعل الخمس لغيرهم فيدل ذلك على أن سائرها لهم، وجرى ذلك مجرى قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ (النساء: ١١) أضاف ميراثه إليهما ثم جعل للأم منه الثلث فدل على أن الباقي للأب، وقال تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا﴾ (الأنفال: ٦٩) فأحلها لهم.

١٠٧٦- **مسألة:** قال: (**فالفيء ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، والغنيمة ما أوجف عليها**).

الركاب: الإبل خاصة، والإيجاف أصله التحريك والمراد هـهنا الحركة فى السير إليه، قال قتادة: ﴿فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ (الحشر: ٦) ما قطعتم واديًا ولا سيَّرتم إليها دابة إنما كانت حوائط بنى النضير أطعمها الله رسول الله ﷺ، قال أبو عبيد: الإيجاف الإيضاع، يعنى: الإسرع، وقال الزجاج: الوجيف دون التقريب من السير، يقال: وجف الفرس وأوجفت أنا، قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ (الحشر: ٦) فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف مثل الأموال التى يتركونها فزعًا من المسلمين ونحو ذلك هو فىء وما أجلب عليه المسلمون وساروا إليه وقاتلوهم عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أو استنزلوا أهله بأمان، فإن النبىّ ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة وبعضها استنزل أهله بالأمان فكانت غنيمة كلها[٤].

١٠٧٧- **مسألة:** قال: (**فخمس الفىء والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم**).

فى هذه المسألة فصول أربعة: **أحدها:** أن الفىء مخموس كما تخمس الغنيمة فى إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعى، **والرواية الثانية:** لا يخمس، نقلها أبو طالب فقال: إنما تخمس الغنيمة، قال القاضى: لم أجد بما قال الخرقى من أن الفىء مخموس نصًّا فأحكيه، وإنما نص على أنه غير مخموس، وهذا قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر: ولا تحفظ عن أحد ما قاله الشافعى فى الفىء خمس كخمس الغنيمة، وأخبار عمر تدل على ما قاله الشافعى ولأن الله تعالى قال: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ﴾ إلى قوله: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِن بَعْدِهِمْ﴾ الآية، فجعله كله لهم ولم يذكر خمسًا، ولما قرأ عمر هذه الآية قال: هذه استوعبت المسلمين[٥]، ووجه الأول قول الله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ...﴾ (الحشر: ٧ - ١٠) فظاهر هذا أن جميعه لهؤلاء وهم أهل الخمس، وجاءت الأخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية

(٤) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ٣٠١٧) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٣١٨) وإسناده ضعيف، وانظر ضعيف أبى داود (٦٥١).

(٥) تقدم رقم (١).

والأخبار وتتعارض، وفى إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق، فإن خمسه للذى سُمِّى فى الآية وسائره ينصرف إلى من فى الخبر كالغنيمة، ولأنه مال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز وروى البراء بن عازب قال: «لقيت خالى ومعه الراية فقلت إلى أين؟ فقال: بعثنى رسول الله ﷺ إلى رجل عرَّس بامرأة أبيه أن أضرب عنقه وأخمس ماله(٦).

الفصل الثانى: أن الغنيمة مخموسة ولا اختلاف فى هذا بين أهل العلم بحمد الله، وقد نطق به الكتاب العزيز فقال الله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ (الأنفال: ٤١) لكن اختلف فى أشياء: منها سلب القاتل، وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فإن عمر ؓ قال: «كنا لا نخمس السلب»(٧) وقول النبىّ ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه»(٨) يقتضى أنه له كله ولو خمس لم يكن جميعه له، وعن أبى قتادة «أن رسول الله ﷺ نفله سلب رجل قتله يوم حنين ولم يُخَمِّس»(٩) رواه سعيد فى سننه، ومنها إذا قال الإمام: من جاء بعشرة رءوس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل، فالظاهر أن هذا غير مخموس لأنه فى معنى السلب، ومنها إذا قال الإمام: من أخذ شيئًا فهو له، وقلنا يجوز ذلك فقد قيل لا خمس فيه لأنه فى معنى الذى قبله، والصحيح أن الخمس لا يسقط لأنه يدخل فى عموم الآية ولا يدخل فى معنى السلب والنفل، لأن ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصًا بل نسخًا لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقًا، ومنها إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير إذن الإمام فقد قيل: إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس، والصحيح أنه يخمس ويدفع إليهم أربعة أخماسه لدخوله فى عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه.

الفصل الثالث: أن الخمس مما يجب خمسه من الفىء والغنيمة شىء واحد فى مصرفهما وحكمهما ولا اختلاف فى هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فإن القائل بوجوب الخمس فى الفىء غير من قاله من أصحابنا الشافعى، وقد وافق على هذا فإنه قال فى الفىء والغنيمة يجتمعان فى أن فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعنى فى سورة الأنفال فى قوله سبحانه

---

(٦) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ح٤٤٥٦) والترمذى (٣/ ١٣٦٢) والنسائى فى «سننه» (٦/ ح٣٣٣١) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٢٦٠٧) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٩٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٢٣٧) والحديث إسناده صحيح، وانظر الإرواء (٢٣٥١).

(٧) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٥/ ٢٣٣/ ٩٤٦٨) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٣١١).

(٨) أخرجه البخارى فى كتاب «الخمس» (٦/ ٣١٤٢/ فتح) وفى كتاب «المغازى» (٧/ ٤٣٢١/ فتح) ومسلم فى «الجهاد» (٣/ ١٣٧١) وأبو داود (٣/ ٢٧١٧) والترمذى (٤/ ١٥٦٢) وابن ماجه (٢/ ٢٨٣٨) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ١٨/ ٤٥٤) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ١١٤، ١٢٣، ١٩٠) (٥/ ١٢، ٩٥، ٣٠٦).

(٩) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٢٥٩/ ٢٦٩٥).

وتعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ الآية، وفى سورة الحشر فى قوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ﴾ الآية، والمسمون فى الآيتين شيء واحد.

الفصل الرابع: أن الخمس يقسم على خمسة أسهم، وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبى والنخعى وقتادة وابن جريج والشافعى، وقيل يقسم على ستة: سهم لله وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ فعد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهمًا سادسًا وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة، وقال أبو العالية: سهم الله عز وجل هو أنه إذا عزل الخمس ضرب بيده فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذى سمى لله لا تجعلوا له نصيبًا فإن لله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذى عزله على خمسة أسهم، وروى عن الحسن وقتادة فى سهم ذى القربى كانت طعمة لرسول الله ﷺ فى حياته، فلما توفى حمل عليه أبو بكر وعمر فى سبيل الله(١٠)، وروى ابن عباس: أن أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم(١١) ونحوه حكى عن الحسن بن محمد ابن الحنفية(١٢) وهو قول أصحاب الرأى، قالوا: يقسم الخمس على ثلاثة: اليتامى والمساكين وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته وسهم قرابته أيضًا، وقال مالك: الفيء والخمس واحد يجعلان فى بيت المال، قال ابن القاسم: وبلغنى عمن أثق به أن مالكًا قال: يعطى الإمام أقرباء رسول الله ﷺ على ما يرى، وقال الثورى والحسن: يضعه الإمام حيث أراه الله عز وجل.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ (الأنفال: ٤١) وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبى، وقال الحسن بن محمد ابن الحنفية وغيره، قوله: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ افتتاح كلام يعنى أن ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركًا به لا لإفراده بسهم فإن لله تعالى الدنيا والآخرة، وقد روى عن ابن عمر وابن عباس قالا: كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة(١٣) وما ذكره أبو العالية فشيء لا يدل عليه رأى ولا يقتضيه قياس ولا يصار إليه إلا

---

(١٠) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٣٤٢، ٣٤٣) وابن جرير الطبرى فى «تفسيره» (١، ٢، ٣) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٥/ ٢٣٨، ٢٣٩).

(١١) ذكره الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ٤٢٤).

(١٢) الحسن بن محمد ابن الحنفية، الإمام أبو محمد الهاشمى كان من عقلاء بنى هاشم وعلمائهم، توفى سنة مائة أو فى التى قبلها، تهذيب السير (٤١٩).

(١٣) حديث ابن عمر: أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ٧١/ ٥٣٩٧) وقال الشيخ أحمد: إسناده صحيح. وذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٤٠) وقال: رواه أحمد وفيه ابن لهيعة وفيه ضعف، وأما حديث ابن عباس: أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٢٩٣) وذكره الهيثمى فى «المجمع» (٥/ ٣٤٠) وقال: رواه الطبرانى وفيه نهشل بن سعيد وهو متروك.

بنص صحيح يجب التسليم له ولا نعلم فى ذلك أثرًا صحيحًا سوى قوله، فلا يُترك ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبى العالية، وما قاله أبو حنيفة فمخالف لظاهر الآية فإن الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئًا وجعل لهما فى الخمس حقًا كما سمى للثلاثة الأصناف الباقية، فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب، وأما حمل أبى بكر وعمر رضي الله عنهما على سهم ذى القربى فى سبيل الله فقد ذكر لأحمد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب إليه، ورأى أن قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقته كتاب الله تعالى وسنة رسول الله ﷺ فإن ابن عباس لما سئل عن سهم ذى القربى قال: إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا(١٤)، ولعله أراد بقوله: أبى ذلك علينا قومنا، فعل أبى بكر رضي الله عنه فى حملهما عليه فى سبيل الله ومن تبعهما على ذلك، ومتى اختلف الصحابة وكان قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان أولى وقول ابن عباس موافق للكتاب والسنة، فإن جبير بن مطعم روى: «أن رسول الله ﷺ لم يَقْسِمْ لبنى عبد شمس ولا بنى نوفل من الخمس شيئًا كما كان يقسم لبنى هاشم ولبنى المطلب، وأن أبا بكر كان يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ غير أنه لم يكن يعطى قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده» رواه أحمد فى مسنده(١٥).

وقد تكلم فى رواية ابن عباس عن أبى بكر وعمر «أنهما حملا على سهم ذى القربى فى سبيل الله»، فقيل: إنه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلبى وهو ضعيف أيضًا، ولا يصح عند أهل النقل، فإن قالوا: فالنبىّ ﷺ ليس بباق فكيف يبقى سهمه؟ قلنا: جهة صرفه إلى النبىّ ﷺ مصلحة المسلمين والمصالح باقية، قال رسول الله ﷺ: «ما يحل لى مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه، إلا الخمس، وهو مردود عليكم» رواه سعيد(١٦).

١٠٧٨- **مسألة:** قال: **(وسهم لرسول الله ﷺ يصرف فى الكراع والسلاح ومصالح المسلمين).**

وهذا قول الشافعى: فإنه قال: اختار أن يضعه الإمام فى كل أمر خص به الإسلام وأهله من سد ثغر وإعداد كراع أو سلاح أو إعطائه أهل البلاء فى الإسلام نفلاً عند الحرب وغير الحرب، وهذا نحو ما قال الخرقى وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الغنيمة حضر أو لم يحضر، كما أن سهم بقية أصحاب الخمس لهم حضروا أو لم يحضروا وكان رسول الله ﷺ يصنع به ما شاء، فلما توفى وليه أبو بكر ولم يسقط بموته، وقد قيل: إنما أضافه الله

(١٤) أخرجه البيهقى فى «السنن» (٦/ ٣٤٥).

(١٥) أخرجه البخارى (٦/ ٣١٤٠/ فتح) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ٢٩٧٨) والنسائى فى «سننه» (٧/ ٤١٤٧).

(١٦) أخرجه سعيد بن منصور فى سننه (٢/ ٢٧٥٦) كما أخرجه أبو داود (٣/ ٢٦٩٤) والنسائى (٧/ ٤١٤٩) ومالك فى «موطئه» (٢/ ٤٥٨) وأحمد فى مسنده (٤/ ١٢٧، ١٢٨) وإسناده حسن.

تعالى إلى نفسه وإلى رسـوله ليعلم أن جهته جهة المصـلحة وأنه ليس بمختص بالنبىّ ﷺ فيسقط بموته.

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على أنصباء الباقين من أهل الخمس لأنهم شركاؤه، وقال آخرون: بل يرد على الغانمين، لأنهم استحلوها بقتالهم وخرجت منها سهام، منها سهم النبىّ ﷺ ما دام حيّا، فإذا مات وجب رده إلى من وجد سبب الاستحقاق فيه كما أن تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصـية ثم بطلت الوصية رد إلى التركة، وقالت طائفـة: هو للخليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبىّ ﷺ أنه قال: «إذا أطعم الله نبيّا طعمة ثم قـبضه فهو للذى يقوم بها من بعـده، وقد رأيت أن أرده على المـسلمين»[١٧] والصـحيح أنه باق وأنه يصـرف فى مصالح المسلمين لكن الإمام يقوم مقام النبىّ ﷺ فى صرفه فيما يرى، فإن أبا بكر قال: لا أدع أمرًا رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه إلا صنعته[١٨]، متفق عليه، وروى عن الحسن بن محمد ابن الحنفية أنه قال: اختلفوا فى هذين السهمين، يعنى سهم الرسول ﷺ وسهم ذى القربى، فأجمع رأيهم على أن يجعلوهما فى الخيل والعدة فى سبيل الله، فكانا فى خلافة أبى بكر وعمر فى الخيل والعدة فى سبيل الله[١٩].

فـصل: **وكان لرسول الله ﷺ من المـغنم الصَّفِىُّ**، وهو شىء يختاره من الـمغنم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحـوه، وهذا قول محمد بن سيرين والشعبى وقتادة وغيـرهم من أهل العلم، وقـال أكثـرهم: إن ذلك انقطع بموت النـبىّ ﷺ، قال أحـمد: الصفى إنما كان للنبى ﷺ خاصة لم يبق بعده ولا نعلم مخالفًا لهذا إلا أبا ثور فإنه قال: إن كان الصفى ثابتـا للنبى ﷺ فللإمام أن يأخذه على نحو ما كـان يأخذه النبىّ ﷺ ويجعله مجـعل سهم النبى ﷺ من خمس الخـمس، فجمع بـين الشك فيه فى حـياة النبىّ ﷺ ومخالفـة الإجماع فى إبقائـه بعد موته، قال ابن المنذر: لا أعلم أحـدًا سبق أبا ثور إلى هذا القول، وقد أنكر قوم كـون الصفى للنبى ﷺ واحتجوا بما روى عمـرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ رفع وبرة من ظهر بعيره فقال: ما يحل لى مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه إلا الخمس وهو مردود عليكم»[٢٠] رواه سعيد، ورواه أبو داود بإسناده عن أبى أمامـة عن النبـىّ ﷺ[٢١]، ولأن الله تـعـالى قال: ﴿**وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ**﴾ (الأنفال: ٤١) فمفهومه أن باقيها للغانمين.

---

(١٧) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٩٧٣) وأحمـد فى «مسنده» (١/ ٤/ ١٤/ شـاكر) وقـال الشيخ شاكر: إسناده صحيح.

(١٨) أخـرجه البـخـارى فى «المغـازى» (٧/ ٤٢٤٠، ٤٢٤١) ومـسلم فى «الجهـاد» (٣/ ٥٢/ ١٣٨٠، ١٣٨١) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٤).

(١٩) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٥/ ٩٤٨٢).

(٢٠) تقدم برقم (١٦).

(٢١) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ٢٧٥٥) من حديث عمرو بن عبسة وأيضًا أخرجه الحاكم (٣/ ٦١٦) والبيهقى (٦/ ٣٣٩) وإسناده صحيح.

ولنا: ما روى أبو داود بإسناده أن النبيّ ﷺ كتب إلى بني زهير بن أقيش: إنكم إن شهدتم أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ﷺ وأديتم الزكاة وأديتم الخمس من المغنم وسهم الصفي إنكم آمنون بأمان الله ورسوله»[٢٢] وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس «وأن يعطوا سهم النبيّ ﷺ والصفي»[٢٣] وقالت عائشة: كانت صفية من الصفي[٢٤]، رواه أبو داود، وأما انقطاعه بعد النبيّ ﷺ فثابت بإجماع الأمة قبل أبي ثور وبعده عليه، وكون أبي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحد منهم ولا يجمعون على ترك سنة النبيّ ﷺ.

١٠٧٩- **مسألة:** قال: (**وخمس مقسوم في صليبة بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الأنثيين**).

يعني بقوله: «في صليبة بني هاشم» أولاده دون من يُعَدُّ معهم من مواليهم وحلفائهم، وفي هذه المسألة فصول خمسة: أحدها: أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبيّ ﷺ وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه، وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوي السهام، وثبت أن النبيّ ﷺ كان يعطيهم، فروى جبير بن مطعم قال: وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس وذكر الحديث[٢٥]، رواه أبو داود، ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير، فوجب القول به والعمل بحكمه، قال أحمد: ثنا وكيع ثنا أبو معشر عن المقبري قال: كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى، فكتب ابن عباس: إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا[٢٦]، قال أحمد: أنا أذهب إلى أنه لقرابة النبيّ ﷺ على ما قال ابن عباس «هو لنا».

الفصل الثاني: أن ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم، بدليل ما روى جبير بن مطعم قال: لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله، أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم، فما بال إخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة؟ فقال: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه، وفي رواية «إنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام» رواه أحمد والبخاري[٢٧]، فرعى لهم النبيّ ﷺ

---

(٢٢) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣/ ٢٩٩٩) والنسائي (٧/ ٤١٥٧) وأحمد في «مسنده» (٥/ ٧٨، ٣٦٣).

(٢٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٣٠٣) وقال: تفرد به أبو هلال الراسبي بذكر الصفي به.

(٢٤) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣/ ٢٩٩٤) والحاكم في «المستدرك» (٣/ ٣٩) وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وهو كما قالا.

(٢٥) تقدم برقم (١٥). (٢٦) تقدم برقم (١٤). (٢٧) تقدم برقم (١٥).

نصرتهم وموافقتهم بنى هاشم، ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق شيئًا، لأن النبىّ ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه ـ وهم بنو زهرة ـ شيئًا، وإنما دفع إلى أقارب أبيه، ولو دفع إلى أقارب أمه لدفع إلى بنى زهرة، وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئًا ولم يدفع أيضًا إلى بنى عماته وهم الزبير بن العوام وعبد الله والمهاجر ابنا أبى أمية وبنو جحش.

الفصل الثالث: أنه يشترك فيه الذكر والأنثى لدخولهم فى اسم القرابة، واختلفت الرواية فى قسمته بينهم، فعن أحمد: أنه يُقْسَمُ بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهو اختيار الخرقى ومذهب الشافعى، لأنه سهم استحق بقرابة الأب شرعًا فـفُضِّل فيه الذكر على الأنثى كالميراث، ويفارق الوصية وميراث ولد الأم، فإن الوصية استحقت بقول الموصى، وميراث ولد الأم استحق بقرابة الأم، والرواية الثانية: يسوى بين الذكر والأنثى، وهو قول أبى ثور والمزنى وابن المنذر لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر والأنثى فيها سواء فأشبه ما لو وصى لقرابة فلان أو وقف عليهم ألا ترى أن الجد يأخذ مع الأب، وابن الابن يأخذ مع الابن؟ وهذا يدل على مخالفة المواريث ولأنه سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوى فيه الذكر والأنثى كسائر سهامه ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم فى القرابة فأشبه الميراث.

الفصل الرابع: أنه يُفَرَّق بينهم حيث كانوا من الأمصار، ويجب تعميمهم به حسب الإمكان، وهذا قول الشافعى، وقال بعضهم: يختص أهل كل ناحية بخمس مغزاها الذى ليس لهم مغزى سواه فما يؤخذ من مغزى الروم لأهل الشام والعراق وما يؤخذ من مغزى الترك لمن فى خراسان من ذوى القربى لما يلحق من المشقة فى نقله من المشرق إلى المغرب، ولأنه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كسائر أهل السهمان، ووجه الأول أنه سهم مستحق بقرابة الأب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالميراث، فعلى هذا يبعث الإمام إلى عماله فى الأقاليم وينظر كم حصل من ذلك؟ فإن استوت فيه فَرَّق كل خمس فيمن قاربه، وإن اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه كالميراث، وفارق الصدقة حيث لا تنقل، لأن كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله، والخمس يؤخذ من بعض الأقاليم، فلو لم يُنْقل لأدى إلى إعطاء البعض وحرمان البعض، والصحيح ـ إن شاء الله ـ أنه لا يجب التعميم، لأنه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين، وما ذكر من بعث الإمام عماله وسعاته فهو متعذر فى زماننا، لأن الإمام لم يبق له حكم إلا فى قليل من بلاد الإسلام، ولم يبق له جهة فى الغزو ولا له فيه أمر، ولأن هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه، فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده.

الفصل الخامس: أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء، وهذا قول الشافعى وأبى ثور، وقيل: لا حق فيه لغنى قياسًا له على بقية السهام.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ (الأنفال: ٤١) وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل، ولأن النبىّ ﷺ كان يعطى أقاربه كلهم وفيهم الأغنياء كالعباس وغيره، ولم ينقل

تخصيص الفقراء منهم، وقد روى الإمام أحمد فى مسنده: أن النبىّ ﷺ أعطى الزبير سهمًا وأمه سهمًا وفرسه سهمين(٢٨)، وإنما أعطى أمه من سهم ذى القربى وقد كانت موسرة ولها موال ومال، ولأنه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغنى والفقير كالميراث والوصية للأقارب، ولأن عثمان وجبيرًا طلبا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران، فعلله النبىّ ﷺ بنصرة بنى المطلب دونهم وكونهم مع بنى هاشم كالشىء الواحد، ولو كان اليسار مانعًا والفقر شرطًا لم يطلبا مع عدمه ولعلل النبىّ ﷺ منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما.

١٠٨٠- **مسألة:** قال: (**والخمس الثالث لليتامى**).

وهم الذين لا آباء لهم ولم يبلغوا الحلم، فإن النبىّ ﷺ قال: «لا يُتْم بعد احتلام»(٢٩) قال بعض أصحابنا: لا يستحقون إلا مع الفقر، وهو المشهور من مذهب الشافعى، لأن ذا الأب لا يستحق والمال أنفع من وجود الأب، ولأنه صرف إليهم لحاجتهم، فإن اسم اليتم يطلق عليهم فى العرف للرحمة، ومن كان إعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه، وفارق ذوى القربى فإنهم استحقوا لقربهم من رسول الله ﷺ تكرمة لهم، والغنى والفقير فى القرب سواء فاستويا فى الاستحقاق ولم أعلم فى هذا نصًّا عن أحمد، وعموم الآية يقتضى تعميمهم، وقال بعض أصحاب الشافعى: له قول آخر: أنه للغنى والفقير لعموم النص فى كل يتيم وقياسًا له على سهم ذى القربى، ولأنه لو خص به الفقير لكان داخلاً فى جملة المساكين الذين هم أصحاب السهم الرابع، فكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم.

قال أصحابنا: ويفرق على الأيتام فى جميع الأقطار ولا يخص به أهل ذلك المغزى، والقول فيه كالقول فى سهم ذى القربى وقد تقدم القول فيه.

١٠٨١- **مسألة:** قال: (**والخمس الرابع للمساكين**).

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء، والفقراء والمساكين صنفان فى الزكاة وصنف واحد ههنا وفى سائر الأحكام، وإنما يقع التمييز بينهما إذا جمع بينهما بلفظين ولم يرد ذلك إلا فى الزكاة، وسنذكرهم فى أصنافها، قال أصحابنا: ويعم بها جميعهم فى جميع البلاد كقولهم فى سهم ذى القربى واليتامى وقد تقدم قولنا فى ذلك.

١٠٨٢- **مسألة:** قال: (**والخمس الخامس لابن السبيل**).

وسنذكره أيضًا فى أصناف الصدقة، ويُعطى كل واحد منهم قدر ما يوصله إلى بلده، لأن دفعنا إليه لأجل الحاجة فأُعطِى بقدرها، فإن اجتمع فى واحد أسباب كالمسكين إذا كان يتيمًا وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لأنها أسباب لأحكام، فوجب أن نثبت أحكامها كما لو انفردت، فإن أعطاه ليتمه فزال فقره لم يعطه لفقره شيئًا.

---

(٢٨) أخرجه أحمد فى «مسنده» (١٤٢٥) وقال أحمد شاكر: فى إسناده نظر.

(٢٩) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ٢٨٧٣) وإسناده صحيح.

١٠٨٣- **مسألة:** قال: **(وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء إلا العبيد).**

لا نعلم خلافًا بين أهل العلم اليوم فى أن العبيد لا حق لهم فى الفيء، وظاهر كلام أحمد والخرقى أن سائر الناس لهم حق فى الفيء غنيهم وفقيرهم، ذكر أحمد الفيء فقال: فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغنى والفقير، وقال عمر رضي الله عنه: ما من أحد من المسلمين إلا له فى هذا المال نصيب إلا العبيد فليس لهم فيه شيء، وقرأ عمر: ﴿ **مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ** ﴾ حتى بلغ: ﴿ **وَالَّذِينَ جَاءُو مِنْ بَعْدِهِمْ** ﴾ (الحشر: ٧ - ١٠) ثم قال: هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعى بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق فيها جبينه(٣٠)، ولأنه مال مخموس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة.

وذكر القاضى أن أهل الفيء هم من أهل الجهاد من المرابطين فى الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لأن ذلك كان للنبى ﷺ فى حياته لحصول النصرة والمصلحة به فلما مات صارت للجند ومن يحتاج إليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم، وأما الأعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه والذين يغزون إذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة، قال: ومعنى كلام أحمد أنه بين الغنى والفقير، يعنى الغنى الذى فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء، ويحتمل أن يكون معنى كلامه: أن لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف إلى من يعود نفعه على جميع المسلمين وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأنهار والطرقات التى أصلحت به.

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصًا بالجند، وإنما هو مصروف فى مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لأنهم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فما فضل قُدِّم الأهم فالأهم من عمارة الثغور وكفايتها فالأسلحة والكراع وما يحتاج إليه ثم الأهم فالأهم من عمارة المساجد والقناطر وإصلاح الطرق وكراء الأنهار وسد بثوقها وأرزاق القضاة والأئمة والمؤذنين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع، وللشافعى قولان كنحو مما ذكرناه واحتجوا على أن أربعة أخماس الفيء كان لرسول الله ﷺ فى حياته بما روى مالك ابن أوس بن الحدثان قال: «سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلى يختصمان إليه فى أموال النبىّ ﷺ فقال عمر: كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب، وكانت لرسول الله ﷺ خالصًا دون المسلمين وكان رسول الله ﷺ ينفق منها على أهله نفقة سنته، فما فضل جعله فى الكراع والسلاح، ثم توفى رسول الله ﷺ فوليها أبو بكر بمثل ما وليها رسول الله ﷺ، ثم وليتها بمثل ما

---

(٣٠) تقدم برقم (١).

وليها رسول الله ﷺ وأبو بكر» متفق عليه[٣١] إلا أن فيه يجعل ما بقى أسوة المال، وظاهر أخبار عمر تدل على أن لجميع المسلمين فى الفىء حقًا فإنه لما قرأ الآية التى فى سورة الحشر قال: هذه الآية استوعبت المسلمين وجعل للراعى بسرو حمير منه نصيبًا وقال: ما أحد إلا له فى هذا المال نصيب[٣٢]، وأما أموال بنى النضير فيحتمل أن النبىّ ﷺ كان ينفق منه على أهله لأن ذلك من أهم المصالح فبدأ بهم ثم جعل باقيه أسوة المال، ويحتمل أن تكون أموال بنى النضير اختص بها النبىّ ﷺ من الفىء وترك سائره لمن سمى فى الآية وهذا مبين فى قول عمر: «وكان لرسول الله ﷺ خالصًا دون المسلمين».

فصل: واختلف الخلفاء الراشدون ﷺ فى قسم الفىء بين أهله فذهب أبو بكر الصديق ﷺ إلى التسوية بينهم فيه، وهو المشهور عن على ﷺ فروى أن أبا بكر ﷺ «سوى بين الناس فى العطاء وأدخل فيه العبيد، فقال له عمر: يا خليفة رسول الله أتجعل الذين جاهدوا فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم له كمن إنما دخلوا فى الإسلام كَرْهًا؟ فقال أبو بكر: إنما عملوا لله وإنما أجورهم على الله وإنما الدنيا بلاغ، فلما ولى عمر ﷺ فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولى على سوى بينهم وأخرج العبيد» وذكر عن عثمان أنه فضل بينهم فى القسمة[٣٣]، فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم ـ أبى بكر وعلى ـ التسوية، ومذهب اثنين ـ عمر وعثمان ـ التفضيل، وروى عن أحمد رحمة الله عليه أنه أجاز الأمرين جميعًا على ما يراه الإمام ومؤدى اجتهاده إليه، فروى عن الحسن بن على بن الحسن أنه قال: للإمام أن يفضل قومًا على قوم، وقال أبو بكر: اختيار أبى عبد الله أن لا يُفضلوا، وهذا اختيار الشافعى، وقال أبى: رأيت قَسْمَ الله المواريث على العدد بكون الإخوة متفاضلين فى الغناء عن الميت والصلة فى الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون، وقسم رسول الله ﷺ من الأربعة الأخماس على العدد ومنهم من يعطى غاية الغناء ويكون الفتح على يديه ومنهم من يكون محضره إما غير نافع وإما ضرر بالجبن والهزيمة، وذلك أنهم استووا فى سبب الاستحقاق، وهو انتصابهم للجهاد فصاروا كالغانمين، والصحيح ـ إن شاء الله ـ أن ذلك مفوض إلى اجتهاد الإمام يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل لأن النبىّ ﷺ كان يعطى الأنفال فيفضل قومًا على قوم على قدر غنائهم[٣٤] وهذا فى معناه، والمشهور عن عمر ﷺ: أنه حين كثر عنده المال فرض للمسلمين أعطياتهم ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف خمسة آلاف، وللأنصار من أهل بدر أربعة آلاف أربعة آلاف، وفرض لأهل الحديبية ثلاثة

---

(٣١) أخرجه البخارى فى «الجهاد» (٦/ ٢٩٠٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «الجهاد» (٣/ ١٣٧٩/ ٥٠) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ٢٩٦٣) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٥، ٤٨، ٦٠).

(٣٢) تقدم برقم (١).

(٣٣) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٣٤٨) بنحوه.

(٣٤) ذكره أبو عبيدة فى الأموال (٢٩٧).

آلاف ثلاثة آلاف ولأهل الفتح ألفين ألفين، وقال: بمن أبدأ؟ قيل له: بنفسك، قال: لا ولكن أبدأ بقرابة رسول الله ﷺ، فبدأ ببنى هاشم ثم ببنى المطلب، لقول رسول الله ﷺ: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد»[٣٥] ثم ببنى عبد شمس لأنه أخو هاشم لأبويه، ثم ببنى نوفل لأنه أخوهما لأبيهما، ثم الأقرب فالأقرب[٣٦]، قال أصحابنا: ينبغى أن يتخذ الإمام ديوانًا وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر أعطياتهم ويجعل لكل قبيلة عريفًا، فقد روى الزهرى: أن رسول الله ﷺ عَرَّف عام حنين[٣٧] على كل عشرة عريفًا وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقرابة رسول الله ﷺ على ما روى عن عمر ﷺ ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدم بنى عبد العزى على بنى عبد الدار لأن فيهم أصهار رسول الله ﷺ ولأن خديجة منهم حتى تنقضى قريش وهم بنو النضر بن كنانة ثم من بعد قريش الأنصار ثم سائر العرب ثم العجم والموالى ثم تفرض الأرزاق لمن يحتاج المسلمون إليهم من القضاة والمؤذنين والأئمة والفقهاء والقراء والبُرُد والعيون، ومن لا غنى للمسلمين عنه، ثم فى إصلاح الحصون والكراع والسلاح ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور وإصلاح الطرق وكرى الأنهار وسد بثوقها وعمارة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخص ذا الحاجة.

فصل: قال القاضى: ويعرف قدر حاجتهم - يعنى أهل العطاء - وكفايتهم ويزداد ذو الولد من أجل ولده، وذو الفرس من أجل فرسه، وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤونتهم فى كفايته، وإن كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا فى مؤونته، وينظر فى أسعارهم فى بلدانهم لأن أسعار البلدان تختلف والغرض الكفاية، ولهذا تعتبر الذرية والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك، وإن كانوا سواء فى الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وإنما تفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم فى كل عام مرة، وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية، فأما من يرى التفضيل فإنه يفضل أهل السوابق والغنى فى الإسلام على غيرهم بحسب ما يراه، كما أن عمر فضل أهل السوابق فقسم لقوم خمسة آلاف ولآخرين أربعة آلاف، ولآخرين ثلاثة آلاف، ولآخرين ألفين ألفين ولم يقدر ذلك بالكفاية.

فصل: والعطاء الواجب لا يكون إلا لبالغ يطيق مثله القتال، ويكون عاقلاً حرّاً بصيراً صحيحًا ليس به مرض يمنعه القتال، فإن مرض الصحيح مرضًا غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه، وإن كان مرضًا مرجوًّ الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه، لأنه فى حكم الصحيح ألا ترى أنه لا يستنيب فى الحج كالصحيح؟ وإن مات بعد حلول وقت العطاء دفع حقه إلى ورثته، ومن مات من أجناد المسلمين دفع إلى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم لأنه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرد

---

(٣٥) تقدم برقم (١٥).

(٣٦) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٣٤٩، ٣٥٠).

(٣٧) فى نسخة: خيبر.

نفسه للقتال لأنه يخاف على ذريته الضياع فإذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ولهذا قال أبو خالد الهنائى(٣٨):

لقد زاد الحياة إلىّ حبا ... بناتى إنهن من الضِّعاف
مخافةَ أن يَرَيْنَ الفقرَ بعدى ... وأن يَشْرَبْن رَنْقًا بعد صاف(٣٩)
وأن يعرين إن كُسى الجوارى ... فيثنوا العين عن كَرَم عجاف(٤٠)
ولولا ذاك قد سَوَّمْتُ مُهْرِى ... وفى الرحمن للضعفاءَ كاف(٤١)

وإذا بلغ ذكور أولادهم واختاروا أن يكونوا فى المقاتلة فرض لهم، وإن لم يختاروا تركوا، ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء.

١٠٨٤- مسألة: قال: **(وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة، للراجل سهم وللفارس ثلاثة أسهم، إلا أن يكون الفارس علىَ هجين فيكون له سهمان، سهم له وسهم لهجينه).**

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين، وقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ (الأنفال: ٤١) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم، لأنه أضافها إليهم ثم أخذ منها سهمًا لغيرهم فبقى سائرها لهم، كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ (النساء: ١١) وقال عمر ﷺ: الغنيمة لمن شهد الوقعة(٤٢)، وذهب جمهور أهل العلم إلى أن للراجل سهمًا، وللفارس ثلاثة أسهم، وقال أبو حنيفة: للفارس سهمان، وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء، وقد ثبت عن ابن عمر «أن النبىّ ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم: سهم له وسهمان لفرسه» متفق عليه(٤٣)، وقال خالد الحذاء(٤٤)، إنه لا يختلف فيه عن النبىّ ﷺ: أنه أسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهمًا وللراجل سهمًا(٤٥)» والهجين من الخيل هو

(٣٨) فى نسخة: القنانى، والبيت: وإن يهربن. . . نسبه صاحب اللسان إلى مرداس بن أونه.

(٣٩) الرنق: الماء الكدر. (٤٠) العجاف: الهزلى.

(٤١) السَّوم: عرض السلعة على البيع، وقال الجوهرى: السوم فى المبايعة يقال منه ساومته سُوامًا.

(٤٢) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٣٣٥) كما أخرجه ابن عدى فى «الكامل» (٢/ ٥٧) وفيه البخترى العبدى، قال ابن عدى: وبخترى هذا ليس له كثير رواية ولا أعلم له حديثًا منكرًا.
وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٣/ ٤٠٨) وقال: حديث غريب مرفوع وموقوف على عمر.

(٤٣) أخرجه البخارى فى «الجهاد» (٦/ ٢٨٦٣/ فتح) وفى كتاب «المغازى» (٧/ ٤٢٢٨/ فتح) ومسلم فى «الجهاد» (٣/ ٥٧/ ١٣٨٣) وأبو داود (٣/ ٢٧٣٣) والترمذى (٤/ ١٥٥٤) وابن ماجه (٢/ ٢٨٥٤) والدارمى (٢/ ٢٤٧٢) وأحمد فى «مسنده» (٢/ *، ٦٢، ٧٢، ٨٠).

(٤٤) هو خالد بن مهران الحذاء البصرى الحافظ من كبار التابعين توفى سنة اثنتين وأربعين ومائة، اللباب (١/ ٢٨٦).

(٤٥) أخرجه الدارقطنى (٤/ ١٠٧/ ٢٤) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٣٢٧) وهو من مراسيل خالد الحذاء وقد أشار حماد بن زيد إلى أن حفظه تغير لما قدم من الشام وعاب عليه بعضهم وخوله فى عمل السلطان، كذا قال ابن حجر فى «التقريب».

الذى أبوه عربى وأمه غير عربية، والمُقْرِف عكس ذلك، وهو الذى أبوه غير عربى وأمه عربية، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير(٤٦):

وما هندُ إلا مُهْرَةٌ عربيةٌ سليلةُ أفراسٍ تجلَّلها بَغْلُ
فإن ولدت مهرًا كريمًا فبالحرى وإن يك إقْرَافٌ فما أنْجَب الفَحْلُ

وأراد الخرقى بالهجين هاهنا ما عدا العربى من الخيل من البراذين وغيرها، وقد روى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى: أن البراذين إذا أدركت مثل العراب فلها مثل سهمها، وذكر القاضى رواية أخرى فيما عدا العراب من الخيل لا يسهم لها وفى هذه المسألة اختلاف كثير وأدلة على كل قول أخرنا ذكرها إلى باب الجهاد، فإن المسألة مذكورة فيه وهو أليق بها إن شاء الله تعالى.

١٠٨٥- **مسألة:** قال: (والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الأصناف التى سَمَّى الله عز وجل).

يعنى قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (التوبة: ٦٠) وروى أن رجلاً قال: يا رسول الله أعطنى من هذه الصدقات، فقال له رسول الله ﷺ: «إن الله لم يرض بحكم نبى ولا غيره فى الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك»(٤٧) والمراد بالصدقة هنهنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا، ولا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى أنه لا يجوز دفع الزكاة إلى غير هذه الأصناف إلا ما روى عن عطاء(٤٨) والحسن أنهما قالا: ما أعطيت فى الجسور والطرق فهى صدقة ماضية، والأول أصح وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ﴾ و «إنما» للحصر تُثبت المذكور وتنفى ما عداه لأنها مركبة من حرفى نفى وإثبات فجرى مجرى قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهٌ وَاحِدٌ﴾ (النساء: ١٧١) أى لا إله إلا الله، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا أَنتَ مُنذِرٌ﴾ (الرعد: ٧) أى ما أنت إلا نذير، وقول النبىّ ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»(٤٩).

١٠٨٦- **مسألة:** قال: (الفقراء وهم الزَّمْنَى والمكافيف الذين لا حرفة لهم، والحرفة

---

(٤٦) البيان فى كتاب «الأغانى» (١٤/ ١٢٩، ١٣٠) وعزاهما لحميدة أخت هند، وقال: هكذا روى خالد ابن كلثوم هذين البيتين لها وغيره يرويها لمالك ابن أسماء لما تزوج الحجاج أختها هند... اهـ.

(٤٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ١٦٣٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٤/ ١٧٣، ١٧٤) والدارقطنى فى «السنن» (٢/ ١٣٧) من طريق عبد الرحمن بن زياد أنه سمع زياد بن نعيم الحضرمى أنه سمع زياد بن الحارث الصدامى قال... والحديث إسناده ضعيف من أجل عبد الرحمن بن زياد وهو الأفريقى، قال الحافظ فى التقريب: ضعيف فى حفظه.

(٤٨) فى نسخة: وأنس.

(٤٩) تقدم برقم (٣) مسألة رقم ١٠١٩.

الصناعة، ولا يملكون خمسين درهمًا ولا قيمتها من الذهب، والمساكين وهم السُّؤّالُ وغير السؤال ومن لهم الحرفة إلا أنهم لا يملكون خمسين درهمًا ولا قيمتها من الذهب).

الفقراء والمساكين صنفان فى الزكاة وصنف واحد فى سائر الأحكام لأن كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما، فأما إذا جمع بين الاسمين ومُيز بين المسميين تميّزًا وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل أن الله تعالى بدأ به وإنما يبدأ بالأهم فالأهم وبهذا قال الشافعى والأصمعى، وذهب أبو حنيفة إلى أن المسكين أشد حاجة، وبه قال الفراء وثعلب وابن قتيبة لقول الله تعالى: ﴿أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ﴾ (البلد: ١٦) وهو المطروح على التراب لشدة حاجته وأنشدوا(٥٠):

أما الفقير الذى كانت حلوبته وَفْقَ العِيال فلم يُتْرَكْ له سَبَد(٥١)

فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله.

ولنا: أن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم، وقال تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِى الْبَحْرِ﴾ (الكهف: ٧٩) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها، ولأن النبىّ ﷺ قال: «اللهم أحينى مسكينًا وأمتنى مسكينًا واحشرنى فى زمرة المساكين»(٥٢) وكان يستعيذ من الفقر، ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعيذ من حالة أصلح منها، ولأن الفقر مشتق من فقَر الظهر فعيل بمعنى مفعول أى مفقور، وهو الذى يرعب(٥٣) فقرة ظهره فانقطع صاحبه(٥٤)، قال الشاعر(٥٥):

لما رأى لُبَدُ النسور تطايرتْ رفع القوادمَ كالفقير الأعْزل(٥٦)

أى لم يطق الطيران كالذى انقطع صلبه، والمسكين مفعيل من السكون وهو الذى أسكنته الحاجة، ومن كُسِر صلبه أشد حالاً من الساكن، فأما الآية فهى حجة لنا، فإن نعت الله تعالى للمسكين بكونه ذا متربة يدل على أن هذا النعت لا يستحقه بإطلاق اسم المسكنة، كما يقال ثوب ذو علم، ويجوز التعبير بالمسكين عن الفقير بقرينة وبغير قرينة، والشعر أيضًا حجة لنا فإنه أخبر أن الذى كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبد فصار فقيرًا لا شىء له، إذا تقرر

---

(٥٠) البيت للراعى النميرى وهو فى ديوانه (٥٥).

(٥١) السبد: القليل من الشّعر، وما له سبد ولا لبد محركتان أى: لا قليل ولا كثير.

(٥٢) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٤/ ٢٣٥٢) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٤١٢٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٢) والحاكم فى «المستدرك» (٤/ ٣٢٢) وفيه زيادة «وأن أشقى الأشقياء من اجتمع عليه فقر الدنيا وعذاب الآخرة» وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبى: صحيح.

وذكره الألبانى فى «الصحيحة» (٣٠٨).

(٥٣) فى نسخة: نزعت.

(٥٤) فى نسخة «هـ»: صلبة.

(٥٥) هو لبيد ربيعة العامرى وانظر ديوانه (٢٧٤).

(٥٦) لبد: هو السابع من نسور لقمان بن عاد معمر جاهلى قديم، زعموا أنه عاش عمر سبعة نسور.

هذا فالفقيـر الذى لا يقدر على كسب ما يقع موقعًا من كفـايته ولا له من الأجرة أو من المال الدائم ما يقع مـوقعًا من كفـايته، ولا له خمـسون درهمًا ولا قيـمتهـا من الذهب مثل الزمنى والمكافيف وهم العميان سـموا بذلك لكف أبصارهم، لأن هؤلاء فى الغالب لا يقدرون على اكتـساب ما يـقع موقعًـا من كفايتـهم، وربما لا يقـدرون على شىء أصلاً، قـال الله تعالى: ﴿ لِلْفُقَـرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ لا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا ﴾ (البقرة: ٢٧٣) ومعنى قولهم يقع مـوقعًا من كفايتهم: أنه يحـصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية، مثل من يكفيه عـشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خـمسة فما زاد، والذى لا يحصل له إلا ما لا يقع موقعـًا من كفايته كالذى لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها، فهذا هو الفقير، والأول هو المسكين فيعطى كل واحد منهما ما يتم به كفايتـه وتنسد به حاجته، لأن المقـصود دفعها وإغناء صاحبـها ولا يحصل إلا بذلك، والذى يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسألته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويغنى عن السؤال، فإن قيل: فقد قال النبىّ ﷺ: «ليس المسكين بالطواف الذى ترده اللقمة واللقمتان ولكن المسكين الذى لا يسأل الناس ولا يفطن له فيتصدق عليه»[٥٧] قلنا: هذا تجوز وإنما نفى المسكنة عنه مع وجودها فيه حقيقـة مبالغة فى إثباتها فى الذى لا يسأل الناس، كما قال ﷺ: «ليس الشديد بالصرعة وإنما الشديد الذى يغلب نفسه عند الغضب»[٥٨] وقـال: «ما تعـدون الرقوب فيكم؟» قـالوا: الذى لا يعيش له ولد قـال: «لا، ولكن الرقوب الذى لم يقدم من ولده شـيئًا»[٥٩] وقال: «ما تعدون المفلس فـيكم؟ قالوا الذى لا درهم له ولا متاع قال: لا، ولكن المـفلس الذى يأتى يوم القيـامة بحسنات أمـثال الجبـال ويأتى وقد ظلم هذا ولطم هذا، وأخذ من عـرض هذا، فيأخـذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حـتى إذا نفدت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحت عليه ثم يصك له صك إلى النار»[٦٠].

فصل: ومن كان ذا مكسب يُغْنى به نفسه وعياله إن كان له عيال أو كان له قدر كفايته فى كل يوم من أجر عقـار أو غلة مملوك أو سائمة فهـو غنى لا حق له فى الزكاة، وبهذا قـال ابن

---

(٥٧) أخرجـه البخـارى فى «الزكاة» (٣/ ١٤٧٩/ فـتح) ومسلم (٢/ زكـاة/ ١٠١/ ٧١٩) وأبو داود (٢/ ١٦٣١) والنسائى (٥/ ٢٥٧١) والدارمـى (١/ ١٦١٥) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٩٢٣/ ٧) وأحـمد فى «مسنده» (١/ ٣٨٤، ٤٤٦) (٢/ ٣١٦، ٤٥٧، ٤٦٩، ٥٠٦).

(٥٨) أخرجه البخارى فى كتـاب «الأدب» (١٠/ ٦١١٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «البر والصلة» (٤/ ١٠٧/ ٢٠١٤).

(٥٩) أخرجـه مسلم فى «البـر والصلة» (٤/ ١٠٦/ ٢٠١٤) وأحمـد فى «مسنده» (١/ ٣٨٢، ٣٨٣) (٥/ ٣٦٧).

(٦٠) أخرجـه مسلم فى «البـر والصلة» (٤/ ٥٩/ ١٩٩٧) والترمـذى فى «سننه» (٤/ ٢٤١٨) وأحـمد فى «مسنده» (٢/ ٣٠٣/ ٣٣٤، ٣٧٢).

عمر والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة: إن لم يملك نصابًا فله الأخذ منها لقول النبيّ ﷺ: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم»(٦١) فجعل الغنى من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب، ولأن هذا لا يملك نصابًا ولا قيمته فجاز له الأخذ كالذي لا كفاية له.

ولنا: ما روى عبد الله بن عدي بن الخيار «أن رجلين أتيا رسول الله ﷺ وهو يقسم الصدقة فسألاه شيئًا منها، فصَعد بصره فيهما وقال لهما: «إن شئتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب»(٦٢) رواه أبو داود، ورواه الإمام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله، وقال: هذا أجودهما إسنادًا ما أجوده من حديث ما أعلم روى في هذا أجود من هذا، قيل له: فالحديث عن النبيّ ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مِرَّة سوي»(٦٣) قال: لا أعلم فيه شيئًا يصح، قيل له: يرويه سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن النبيّ ﷺ، قال: سالم لم يسمع من أبي هريرة، والغنى يختلف فمنه: غنى يوجب الزكاة، وغنى يمنع أخذها، وغنى يمنع المسألة، ويخالف ما قاسوا عليه هذا فإنه محتاج إليها، والصدقة أوساخ الناس فلا تباح إلا عند الحاجة إليها، وهذا المختلف فيه لا حاجة به إليها فلا تباح له.

فصل: وإن كان الرجل صحيحًا جلدًا وذكر أنه لا كسب له أعطي منها، وقُبل قوله بغير يمين إذا لم يعلم يقين كذبه ولا يُحلفه، لأن النبيّ ﷺ أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفهما، وفي بعض رواياته أنه قال: أتينا النبيّ ﷺ فسألناه من الصدقة فصعد فينا البصر وصوبه، فرآنا جَلْدين فقال: «إن شئتما أعطيتكما...» وذكر الحديث.

فصل: فإن ادعى أن له عيالاً فقال القاضي وأبو الخطاب: يُقَلَّد ويعطى لهم كما يقلد في دعوى حاجته، قال ابن عقيل: عندي لا يقبل قوله إلا ببينة، لأن الأصل عدم العيال ولا تتعذر إقامة البينة عليه، وفارق ما إذا ادعى أنه لا كسب له فإنه يدّعي ما يوافق الأصل لأن الأصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه إقامة البينة عليه، ولو ادّعى الفقر من عُرف بالغنى لم يُقبل قوله إلا ببينة تشهد بأن ماله تلف أو نفد، لما روى أن النبيّ ﷺ قال: «لا تحل المسألة إلا لثلاثة: رجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانًا فاقه، فحلت له المسألة حتى يصيب قِوامًا من عيش - أو سدادًا - من عيش»(٦٤) وهل يعتبر

(٦١) الحديث «متفق عليه» وتقدم في كتاب الزكاة برقم (١).

(٦٢) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢/ ١٦٣٣) والنسائي في «سننه» (٥/ ٢٥٩٧) وإسناده صحيح.

(٦٣) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢/ ١٦٣٤) والنسائي في «السنن» (٥/ ٢٥٩٦) وابن ماجه في «سننه» (١/ ١٨٣٩) والحديث إسناده صحيح.

(٦٤) أخرجه مسلم في كتاب «الزكاة» (٢/ ٩/١٠٠ ٧٢٢) وقد تقدم مستوفيًا في كتاب «الزكاة» مسألة رقم (٤٣٠) حديث (١١٩).

فى البينة على الفقر ثلاثة أو يكتـفى باثنين؟ فيه وجهان: أحدهـما: لا يكفى إلا ثلاثـة لظاهر الخبر، والثانى: يقبل قول اثنين لأن قولهما يقبل فى الفقر بالنسبة إلى حقوق الآدميين المبنية على الشح والضيق، ففى حق الله تعالى أولى، والخبر إنما ورد فى حل المسألة فيقتصر عليه، وإن لم يعرف له مال قـبله ولم يُستحلف لأن النبىّ ﷺ لم يَستـحلف الرجلين اللذين رآهما جلدين، فإن رآه مـتجملاً قـبل قوله أيضًا لأنه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قـول الله تعالى: ﴿ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ ﴾ (البقرة: ٢٧٣) لكن ينبغى أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لئلا يكون مـمن لا تحل له الزكاة، وإن رآه ظاهر المـسكنة أعطاه منها ولم يحـتج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولا أن ما يدفعه إليه زكاة.

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته إلى رجل: هل يقول له: هذه زكاة؟ فقال: يعطيه ويسكت ولا يُقَرِّعه، فاكتفى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه.

فـــصل: وإذا كان للرجل بضاعة يتجر بها أو ضيعة يستغلها تكفيه غلتـها له ولعياله فهو غنى لا يعطى من الصدقة شـيئًا، وإن لم تكفه جاز له الأخذ منهـا قدر ما يتم به الكفاية، وإن كثرت قيمة ذلك وقد تقدم ذكر ذلك فى الزكاة.

١٠٨٧- **مـسألة:** قال: (والعاملين على الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها).

يعنى العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يبعثهم الإمام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلهـا ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتـاج إليه فيها فإنه يعطى أجرته منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلفها وقد «كان النبىّ ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتـهم» فبعث عمـر ومعاذًا وأبا موسى ورجلاً من بنى مـخزوم وابن اللُّتْبيـة وغيرهم(٦٥)، وطلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيـعة بن الحارث أن يـبعثهما فقالا: يا رسول الله لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصيب الناس ونؤدى إليك ما يؤدى الناس؟ فأبى أن يبعثهمـا، وقال: «إن هذه الصدقة أوساخ الناس»(٦٦) وهذه قصص اشتـهرت فصارت كالمتواتر وليس فيه اختلاف مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل.

فـــصل: ومن شرط العـامل أن يكون بالغًا عاقـلاً أمينًا، لأن ذلك ضـرب من الولاية، والولاية تشترط فيها هذه الخصال، ولأن الصبى والمجنون لا قبض لهما والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط إسلامـه واختار هذا القاضى، وذكر أبو الخطاب وغيره: أنه

---

(٦٥) أخرجه ابن اللُّتْبِية: هكذا جاء فى البخارى، انظر البخارى فى كتاب «الزكاة» (٣/ ١٥٠٠/ فتح) وأما حـديث أبى رافع: فـأخـرجـه أبو داود فى «سننه» (٢/ ١٦٥٠) والتـرمـذى فى «سننه» (٣/ ٦٥٧) والنسائى (٥/ ٢٦١١) وإسناده صحيح.

(٦٦) أخرجـه مسلم فى «الزكـاة» (٢/ ٧٥٤/ ١٦٨) وتقدم مسـتوفيـًا فى المســألة رقم (٤٢٧) حديث رقم (٩٢).

لا يشترط إسلامه لأنه إجارة على عمل، فجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج، وقيل عن أحمد فى ذلك روايتان.

ولنا: أنه يشترط له الأمانة فاشترط له الإسلام كالشهادة، ولأنه ولاية على المسلمين فلم يجز أن يتولاها الكافر كسائر الولايات، ولأن من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربى، ولأن الكافر ليس بأمين، ولهذا قال عمر: لا تأتمنوهم وقد خونهم الله تعالى وقد أنكر عمر على أبى موسى توليته الكتابة نصرانيًا(٦٧)، فالزكاة التى هى ركن الإسلام أولى، ويشترط كونه من غير ذوى القربى إلا أن يدفع إليه أجرته من غير الزكاة، وقال أصحابنا: يجوز له الأخذ منها لأنها أجرة على عمل تجوز للغنى، فجازت لذوى القربى كأجرة النقال والحافظ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى.

ولنا: حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبىّ ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال: «إنما هذه الصدقة أوساخ الناس وإنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد» وحديث أبى رافع أيضًا(٦٨)، وهذا ظاهر فى تحريم أخذهم العمالة فلا تجوز مخالفته، ويفارق النقال والحمال والراعى فإنه يأخذه أجرة لحمله لا لعمالته، ولا يشترط كونه حرًا، لأن العبد يحصل منه المقصود كالحر فجاز أن يكون عاملاً كالحر، ولا كونه فقيهًا إذا كتب له ما يأخذه وُحدَّ له كما كتب النبىّ ﷺ لعماله فرائض الصدقة وكما كتب أبو بكر لعماله أو بعث معه من يُعَرِّفه ذلك، ولا كونه فقيرًا، لأن الله تعالى جعل العامل صنفًا غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناهما فيه كما لا يشترط معناه فيهما، وقد روى عن النبىّ ﷺ أنه قال: «لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة: لغاز فى سبيل الله، أو لعامل عليها، أو لرجل ابتاعها بماله، أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين إلى الغنى» رواه أبو داود(٦٩)، وذكر أصحاب الشافعى أنه تشترط الحرية لأن العمالة ولاية فنافاها الرق كالقضاء، ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته.

ولنا: ما ذكرناه، ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية، فإنه يجوز أن يكون إمامًا فى الصلاة ومفتيًا وراويًا للحديث وشاهدًا، وهذه هى الولايات الدينية، وأما الفقه فإنما يحتاج إليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه، ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبىّ ﷺ وصاحباه رضي الله عنهما.

فصل: والإمام مخير بين أن يستأجر العامل إجارة صحيحة بأجر معلوم، إما على مدة معلومة، وإما على عمل معلوم وبين أن يجعل له جعلاً معلومًا على عمله، فإذا عمله استحق المشروط، وإن شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه، فإن عمر رضي الله عنه: قال: بعثنى النبىّ ﷺ

(٦٧) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (١٠/ ١٢٧).

(٦٨) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ١٦٥٠) والنسائى (٥/ ٢٦١١) والترمذى (٣/ ٦٥٧) وانظر الحديث فى المسألة رقم (٤٢٩) برقم (٩٤).

(٦٩) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ١٦٣٥) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ١٨٤١) وإسناده صحيح.

على الصدقة، فلما رجعت عَمَّلنى فقلت: أعطه من هو أحوج منى، وذكر الحديث[٧٠]، فإن تلفت الصدقة فى يده قبل وصــولها إلى أربابها من غير تفريط فلا ضمــان عليه ويستحق أجرة من بيت المال وإن لم تتلف أعــطى أجر عمله منها، وإن كــان أكثر من ثمنهــا أو أقل ثم قسم الباقى على أربابه، لأن ذلك من مؤنتها فجرى مــجرى علفها ومداواتها، وإن رأى الإمام أعطاه أجرة من بيت المــال أو يجعل له رزقًا فى بيت المال، ولا يعطيــه منها شيئًــا فعل، وإن تولى الإمام أو الوالى من قبله أخذ الصدقة وقسمتهــا، لم يستحق منها شيئًا لأنه يأخذ رزقه من بيت المال.

فــصل: ويجوز للإمام أن يولى السـاعى جبايتها دون تفرقـتها، ويجوز أن يوليه جبـايتها وتفـريقهـا، فإن النبىّ ﷺ ولى ابن اللتبية فقـدم بصدقته على النبىّ ﷺ فقال: هذا لكم وهذا أهدى إلى[٧١]، وقال لقبيصة: «أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها»[٧٢] وأمر معاذًا أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها فى فقرائهم[٧٣]، ويروى «أن زيادًا ولى عمران بن حصين الصدقة فلمــا جاء قيل له: أين المال؟ قال: أوللمال بعثتنى؟ أخــذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضــعها على عهد رسول الله ﷺ» رواه أبو داود[٧٤]، وعن أبى جحيفة قال: «أتانا مصدق النبىّ ﷺ وأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها فى فقرائنا وكنت غلامًا يتيمًا فأعطانى منها قلوصًا، أخرجه الترمذى[٧٥].

٧٠٨٨- **مسألة:** قال: (وللمؤلفة قلوبهم وهم المشركون المتألَّفون على الإسلام).

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لهــا، وقال أبو حنيفة: انقطع سهمهم، وهو أحد أقـوال الشافعى، لمــا روى أن مشركًـا جاء يلتمس مــن عمر مــالاً فلم يعطه وقال: ﴿فَمَن شَاءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ (الكهف: ٢٩) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علىٍّ أنهم أعطوا شــيئًا من ذلك، ولأن الله تعــالى أظهر الإســلام وقمع المـشركـين فلا حاجـة بنا إلى التأليف، وحكى حــنبل عن أحمد أنه قــال: المؤلفة قــد انقطع حكمهم اليــوم والمذهب على خلاف مــا حكاه حنبل، ولعل مــعنى قول أحمــد: انقطع حكمــهم، أى لا يحتاج إليــهم فى الغالب أو أراد أن الأئمــة لا يعطونهم اليوم شيــئًا، فأما إن احــتاج إليهم جاز الدفع إليــهم فلا يجوز الدفع إليهم إلا مع الحاجة.

ولنا: على جواز الدفع إليهم قول الله تعالى: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ (التوبة: ٦٠) وهذه الآية

(٧٠) تقدم تخريجه فى كتاب «الزكاة» مسألة رقم (٤٢٧) برقم (٨٨).

(٧١) أخرجه البخارى فى «الزكاة» (٣/ ١٥٠٠/ فتح). (٧٢) تقدم برقم (٦٤).

(٧٣) الحديث «متفق عليه» وقد تقدم فى المسألة رقم (٥٤) برقم (١).

(٧٤) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ١٦٢٥) وابن ماجه (١/ ١٨١١) وإسناده صحيح.

(٧٥) أخرجــه الترمذى فى «ســننه» (٣/ ٦٤٩) والدارقطنى (٢/ ١٣٦/ ٦) وتقدم فى المســألة رقم (٤٢٣) برقم (٧٣).

فى سورة براءة، وهى آخر ما نزل من القرآن على رسول الله ﷺ وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين(٧٦)، وأعطى أبو بكر عدى بن حاتم وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من إبل الصدقة وثلاثين بعيرًا، ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله واطراحها بلا حاجة لا يجوز، ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان إعطاء المؤلفة ولعلهم لم يحتاجوا إلى إعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة إليه لا لسقوطه.

فصل: والمؤلفة قلوبهم ضربان: كفار ومسلمون، وهم جميعًا السادة المطاعون فى قومهم وعشائرهم، فالكفار ضربان: أحدهما: من يرجى إسلامه فيعطى لتقوى نيته فى الإسلام وتميل نفسه إليه فيسلم، فإن النبىّ ﷺ يوم فتح مكة أعطى صفوان بن أمية الأمان، واستنظره صفوان أربعة أشهر لينظر فى أمره، وخرج معه إلى حنين فلما أعطى النبىّ ﷺ العطايا قال صفوان: ما لى؟ فأومأ النبىّ ﷺ إلى واد فيه إبل محملة، فقال: هذا لك، فقال صفوان: إن هذا عطاء من لا يخشى الفقر(٧٧).

والضرب الثانى: من يخشى شره ويُرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه، وروى عن ابن عباس أن قومًا كانوا يأتون النبىّ ﷺ فإن أعطاهم مدحوا الإسلام وقالوا: هذا دين حسن، وإن منعهم ذموا وعابوا(٧٨)، وأما المسلمون فأربعة أضرب: قوم من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة فى الإسلام، فإذا أعطوا رجى إسلام نظرائهم وحسن نياتهم، فيجوز إعطاؤهم لأن أبا بكر أعطى عدى بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نياتهما وإسلامهما.

الضرب الثانى: سادات مطاعون فى قومهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم ومناصحتهم فى الجهاد فإنهم يعطون، لأن النبىّ ﷺ أعطى عيينة بن حصن والأقرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة، وقال للأنصار: «يا معشر الأنصار علام تأسون؟ على لعاعة من الدنيا تألفت بها قومًا لا إيمان لهم ووكلتكم إلى إيمانكم؟»(٧٩).

وروى البخارى بإسناده عن عمرو بن تغلب أن رسول الله ﷺ أعطى أناسًا وترك أناسًا فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: إنى أعطى أناسًا وأدع أناسًا والذى أدع أحب إلى من الذى أعطى، أعطى أناسًا لما فى قلوبهم من الجزع

---

(٧٦) أخرجه البخارى فى كتاب «التفسير» (٨/ ٤٦٦٧/ فتح) ومسلم فى كتاب «الزكاة» (٢/ ١٣٧/ ٧٣٧) والترمذى فى «سننه» (٣/ ٦٦٦).

(٧٧) أخرجه مسلم فى «الفضائل» (٤/ ٥٧/ ١٨٠٦).

(٧٨) قال صاحب المنار: رواه أبو بكر فى «التفسير» وقال الألبانى فى «الإرواء» (٣٦٥): لم أقف على سنده الآن.

(٧٩) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٣/ ٧٦، ٧٧) ومسلم فى «الزكاة» (٢/ ١٤٣، ١٤٤، ٧٤١ - ٧٤٢) بنحوه. لعاعة: الخصب والدنيا.

والهلع، وأَكِلُ أناسًا إلى ما فى قلوبهم من الغنى والخير، منهم عمرو بن تغلب [(٨٠)]، وعن أنس قال: «حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطى رجالاً من قريش مائة من الإبل، فقال ناس من الأنصار: يغفر الله لرسول الله ﷺ يعطى قريشًا ويمنعنا وسيوفنا تقطر من دمائهم، فقال رسول الله ﷺ: «إنى أعطى رجالاً حدثاء عهد بكفر أتألفهم» متفق عليه [(٨١)].

الضرب الثالث: قوم فى طرف بلاد الإسلام إذا أعطوا دفعوا عمن يليهم من المسلمين.

الضرب الرابع: قوم إذا أعطوا أجبوا الزكاة ممن لا يعطيها إلا أن يخاف، وكل هؤلاء يجوز الدفع إليهم من الزكاة لأنهم من المؤلفة قلوبهم فيدخلون فى عموم الآية.

١٠٨٩- مسألة: قال: **(وفى الرقاب وهم المكاتَبون).**

لا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب فى أن المكاتَبِينَ من الرقاب يجوز صرف الزكاة إليهم، وهو قول الجمهور، وخالفهم مالك فقال: إنما يصرف سهم الرقاب فى إعتاق العبيد، ولا يعجبنى أن يعان منها مكاتب، وخالف أيضًا ظاهر الآية لأن المكاتب من الرقاب لأنه عبد واللفظ عام فيدخل فى عمومه، إذا ثبت هذا فإنه يدفع إلى المكاتب جميع ما يحتاج إليه لوفاء كتابته فإن لم يكن معه شىء جاز أن يدفع إليه جميعها، وإن كان معه شىء له يتم ما يتخلص به لأن حاجته لا تندفع إلا بذلك، ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شىء لأنه مستغن عنه فى وفاء الكتابة، قيل: ولا يدفع إليه بحكم الفقر شىء لأنه عبد ويجوز أن يدفع إليه فى كتابته قبل حلول النجم لئلا يحل النجم ولا شىء معه فتنفسخ الكتابة، ولا يدفع إلى مكاتب كافر شىء لأنه ليس من مصارف الزكاة، ولا يقبل قول المكاتب إنه مكاتب إلا ببينة لأن الأصل عدمها، فإن صدقه السيد ففيه وجهان: **أحدهما:** يقبل لأن الحق فى العبد لسيده فإذا أقر بانتقال حقه عنه قبل، **والثانى:** لا يقبل لأنه متهم فى أنه يواطئه ليأخذ به المال.

فصل: ويجوز للسيد دفع زكاته إلى مكاتبه لأنه صار معه فى باب المعاملة كالأجنبى حتى يجرى بينهما الربا فصار كالغريم يدفع زكاته إلى غريمه ويجوز للمكاتب ردها إلى سيده بحكم الوفاء لأنها رجعت إليه بحكم الإيفاء أشبه إيفاء الغريم دينه بها، قال ابن عقيل: ويجوز دفع الزكاة إلى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الأولى، لأنه أعجل لعتقه وأوصل إلى المقصود الذى كان الدفع من أجله، فإنه إذا أخذه المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه.

---

(٨٠) أخرجه البخارى فى كتاب الجمعة (٢/ ٩٢٣/ فتح) وفى كتاب «الخمس» (٦/ ٣١٤٥/ فتح) وفى كتاب «التوحيد» (١٣/ ٧٥٣٥/ فتح) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٦٩).

(٨١) أخرجه البخارى فى كتاب «الخمس» (٦/ ٣١٤٧/ فتح) ومسلم فى «الزكاة» (٢/ ١٣٢/ ٧٣٣، ٧٣٤) وأحمد فى «المسند» (٣/ ١٦٦).

ونقل حنبل أنه قال: قال سفيان: لا تعطِ مكاتبًا لك من الزكاة، قال وسمعت أبا عبد الله يقول: وأنا أرى مثل ذلك.

وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يُسأل: أيعطى المكاتب من الزكاة؟ قال: المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى؟ ومعناه ـ والله أعلم ـ لا يعطى مكاتبه من الزكاة لأنه عبده وماله يرجع إليه، إن عجز وإن عتق فله ولاؤه، ولا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له.

١٠٩٠ـ مسألة: قال: **(وقد رُوِيَ عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يُعْتِقَ منها)**.

اختلفت الرواية عن أحمد، رحمه الله في جواز الإعتاق من الزكاة فروى عنه جواز ذلك، وهو قول ابن عباس والحسن والزهرى ومالك وإسحاق وأبي عبيد والعنبرى وأبي ثور لعموم قوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ (التوبة: ٦٠) وهو متناول للقن بل هو ظاهر فيه، فإن الرقبة إذا أُطلقت انصرفت إليه كقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (النساء: ٩٢) وتقدير الآية: وفي إعتاق الرقاب، ولأنه إعتاق للرقبة فجاز صرف الزكاة فيه، كدفعه في الكتابة والرواية الأخرى لا يجوز، وهو قول إبراهيم والشافعى، لأن الآية تقتضى صرف الزكاة إلى الرقاب كقوله: ﴿فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ يريد الدفع إلى المجاهدين كذلك ههنا والعبد القن لا يدفع إليه شيء قال أحمد في رواية أبي طالب: قد كنت أقول يعتق من زكاته، ولكن أهابه اليوم ولأنه يجر الولاء، وفي موضع آخر قيل له فما يعجبك من ذلك؟ قال: يعين من ثمنها فهو أسلم.

وقد روى نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فإنهما قالا: لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة، ولكن يعطى منها في رقبة ويعين مكاتبًا، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه، لأنه إذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة إلى نفسه.

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحمد رجع عن القول بالإعتاق من الزكاة وهذا ـ والله أعلم ـ من أحمد إنما كان على سبيل الورع فلا يقتضى رجوعًا، لأن العلة التي تملك بها جر الولاء، ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع إذًا بإعتاقه من الزكاة.

فصل: ولا يجوز أن يشترى من زكاته من يعتق عليه بالرَّحم، وهو كل ذى رحم محرم، فإن فعل عُتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة.

وقال الحسن: لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لأن دفع الزكاة لم يحصل إلى أبيه وإنما دفع الثمن إلى بائعه.

ولنا: أن نفع زكاته عاد إلى أبيه فلم يجز، كما لو دفعها إليه ولأن عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم فلم يجز أن يحتسب له به عن الزكاة كنفقة أقاربه، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجز، لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه، والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه، ولو أعتق عبدًا من عبيده للتجارة لم يجز، لأن الواجب في قيمتهم لا في عينهم.

فصل: **ويجوز أن يشترى من زكاته أسيراً مسلمًا من أيدى المشركين**، لأنه فك رقبة من الأسر فهو كفك رقبة العبد من الرق، ولأن فيه إعزازاً للدين فهو كصرفه إلى المؤلفة قلوبهم، ولأنه يدفعه إلى الأسير لفك رقبته فأشبه ما يدفعه إلى الغارم لفك رقبته من الدين.

١٠٩١- مسألة: قال: (**فما رجع من الولاء رد فى مثله**).

يعنى يعتق به أيضًا، وبهذا قال الحسن وإسحاق وقال أبو عبيد: الولاء للمعتق لقول النبىّ ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»(٨٢) وقال مالك: ولاؤه لسائر المسلمين لأنه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له، وقال العنبرى: يجعله فى بيت المال للصدقات، لأن عتقه من الصدقة فولاؤه يرجع إليها، ولأن عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى فى الشراء والإعتاق فلم يكن الولاء له، كما لو توكل فى الإعتاق، وكالساعى إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها، ولأن الولاء أثر الرق، وفائدة من المعتق، فلم يجز أن يرجع إلى المزكى لإفضائه إلى أن ينتفع بزكاته، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن الولاء له، وقد سبق ذلك فى باب الولاء.

فصل: **ولا يعقل عنه**، اختاره الخلال وعن أحمد رواية أخرى: أنه يعقل عنه اختارها أبو بكر، لأنه معتق فيعقل عنه كالذى أعتقه من ماله، وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس بانتفاع فيبقى على الأصل.

ولنا: أنه لا ولاء عليه فلم يعقل عنه كما لو كان وكيلاً فى العتق ولأنه لا يرثه فلم يعقل عنه كما لو اختلف دينهما، وما ذكره يبطل بالوكيل والساعى إذا أعتق من الزكاة.

١٠٩٢- مسألة: قال: (**والغارمين**).

وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم، هذا الصنف السادس من أصناف مصارف الزكاة، ولا خلاف فى استحقاقهم وثبوت سهمهم، وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم لكن إن غرم فى معصية مثل أن يشترى خمراً أو يصرفه فى زنا، أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع إليه قبل التوبة شىء لأنه أعانه على المعصية، وإن تاب فقال القاضى: يدفع إليه واختاره ابن عقيل لأن إبقاء(٨٣) الدين الذى فى الذمة ليس من المعصية بل يجب تفريعها، والإعانة على الواجب قربة لا معصية فأشبه من أتلف ماله فى المعاصى حتى افتقر فإنه يدفع إليه من سهم الفقراء، وفيه وجه آخر لا يدفع إليه لأنه استدانة للمعصية فلم يدفع إليه، كما لو لم يتب، ولأنه لا يُؤْمَنُ أن يعود إلى الاستدانة للمعاصى ثقة منه بأن دينه يقضى بخلاف من أتلف ماله فى المعاصى فإنه يعطى لفقره لا لمعصيته.

فصل: **ولا يدفع إلى غارم كافر لأنه ليس من أهل الزكاة**، ولذلك لا يدفع إلى فقيرهم ولا مكاتبهم وإن كان من ذوى القربى فقال أصحابنا: يجوز الدفع إليه، لأن علة منعه من

---

(٨٢) تقدم فى أول كتاب «الولاء». (٨٣) فى نسخة: إيفاء.

الأخذ منها لفقره صيانة عن أكلها لكونها أوساخ الناس، وإذا أخذها لغرمه صرفها إلى الغرماء فلا يناله دناءة وسخها، ويحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص فى منعهم من أخذها وكونها لا تحل لهم، ولأن دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها إلى غارم له ما يقضى به غرمه لأن الدفع إليه لحاجته وهو مستغن عنها.

فصل: ومن الغارمين صنف يعطون مع الغنى وهو من غَرِمَ لإصلاح ذات البين، وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من ويتحمل ذلك فيسعى إنسان فى الإصلاح بينهم ويتحمل الدماء التى بينهم والأموال فيسمى ذلك حَمَالَةَ بفتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك، وكان الرجل منهم ويتحمل الحمالة ثم يخرج فى القبائل فيسأل حتى يؤديها، فورد الشرع بإباحة المسألة فيها، وجعل له نصيبًا من الصدقة، فروى قبيصة بن المخارق قال: تحملت حمالة فأتيت النبىّ ﷺ وسألته فيها فقال: «أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها، ثم قال: يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة: رجل تحمل حَمَالَة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب سدادًا من عيش أو قوامًا من عيش، ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوى الحجى من قومه لقد أصابت فلانًا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب سدادًا من عيش أو قوامًا من عيش، وما سوى ذلك فهو سُحْتٌ يأكلها صاحبها سُحْتًا يوم القيامة»(٨٤) أخرجه مسلم، وروى أبو سعيد الخدرى أن النبىّ ﷺ قال: «لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة. . .»(٨٥) ذكر منها الغارم، ولأنه إنما يقبل ضمانه وتحمله إذا كان مليًا وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى، وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لأنه قد سقط الغرم، وإن استدان وأداها جاز له الأخذ، لأن الغرم باق والمطالبة قائمة، والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه أن هذا الغرم يأخذ لحاجتنا إليه لإطفاء الثائرة وإخماد الفتنة فجاز له الأخذ مع الغنى كالغازى والمؤلف والعامل والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنيًا وعليه دين لمصلحة لا يطيق قضاءه جاز أن يدفع إليه ما يتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى، فإذا قلنا: الغنى يحصل بخمسين درهمًا وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه، قال أحمد: لا يعطى من عنده خمسون درهمًا أو حسابها من الذهب إلا مدينًا فيعطى دينه، وإن كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغناء لم يعط شيئًا.

فصل: وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه وإن أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاءً عن دينه فعن أحمد فيه روايتان: **إحداهما:** يجوز ذلك نقل أبو الحارث قال: قلت لأحمد: رجل عليه ألف وكان على رجل زكاة ماله ألف فأداها عن هذا

(٨٤) تقدم برقم (٦٤).

(٨٥) تقدم برقم (٦٩).

الذى عليه الدين يجوز هذا من زكاته؟ قال: نعم، ما أرى بذلك بأسًا، وذلك لأنه دفع الزكاة فى قضاء دينه فأشبه ما لو دفعها إليه يقضى بها دينه، **والثانية:** لا يجوز دفعها إلى الغريم، قال أحمد: أحب إلىَّ أن يدفعه إليه حتى يقضى هو عن نفسه، قيل: هو محتاج يخاف أن يدفعه إليه فيأكله ولا يقضى دينه؟ قال: فقل له يوكله حتى يقضيه، فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم، لأن الدين إنما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله، ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزًا، وإن كان دافع الزكاة الإمام جاز أن يقضى بها دينه من غير توكيله لأن للإمام ولاية عليه فى إبقاء الدين، ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه، وإذا ادّعى الرجل أن عليه دينًا فإن كان يدّعيه من جهة إصلاح ذات البين فالأمر فيه ظاهر لا يكاد يخفى، فإن خفى ذلك لم يقبل منه إلا ببينة، وإن غرم لمصلحة نفسه لم يدفع إليه إلا ببينة أيضًا لأن الأصل عدم الغرم وبراءة الذمة، فإن صدقه الغريم فعلى وجهين كالمكاتب إذا صدقه سيده.

١٠٩٣- مسألة: قال: **(وسهم فى سبيل الله وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدَّواب والسِّلاحَ وما ينفقون[٨٦] به على العدو وإن كانوا أغنياء).**

هذا الصِّنف السابع من أهل الزكاة، ولا خلاف فى استحقاقهم وبقاء حكمهم، ولا خلاف فى أنهم الغزاة فى سبيل الله، عند الإطلاق هو الغزو، قال الله تعالى: ﴿**وَقَاتِلُوا فِى سَبِيلِ اللَّهِ**﴾ (البقرة: ٢٤٤) وقال: ﴿**وَتُجَاهِدُونَ فِى سَبِيلِ اللَّهِ**﴾ (الصف: ١١) وقال: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِى سَبِيلِهِ صَفًّا**﴾ (الصف: ٤) وذكر ذلك فى غير موضع من كتابه فإذا تقرر هذا فإنهم يعطون وإن كانوا أغنياء، وبهذا قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا تدفع إلا إلى فقير، وكذلك قالوا فى الغارم لإصلاح ذات البين، لأن من تجب عليه الزكاة لا تحل له كسائر أصحاب السهمان، ولأن النبىَّ ﷺ قال لمعاذ: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد فى فقرائهم»[٨٧]، فظاهر هذا أنها كلها ترد فى الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصابًا.

ولنا: قول النبىِّ ﷺ: «لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة: لغاز فى سبيل الله، أو لغارم...»[٨٨] وذكر بقيتهم، ولأن الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعدَّ بعدهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين فى بقية الأصناف كما لا يلزم وجود صفة الأصناف فيها، ولأن هذا يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه فأشبه العامل والمؤلف، فأما أهل سائر السهمان فإنما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه، فإذا تقرر هذا فمن قال: إنه يريد الغزو قبل قوله لأنه لا يمكن إقامة البينة على بينته[٨٩] ويدفع إليه

---

(٨٦)فى نسخة: يَتَقَوَّونَ. (٨٧)تقدم برقم (٧٣). (٨٨)تقدم برقم (٦٩).

(٨٩)فى نسخة «هـ»: نيته، ولعله هو الصواب.

قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس إن كان فارسًا، وحمولته ودرعه وأثاثه وسائر ما يحتاج إليه لغزوه، وإن كثر ذلك، ويدفع إليه دفعًا مراعًى، فإن لم يَغْزُ رده لأنه أخذه كذلك، وإن غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لأننا دفعنا إليه قدر الكفاية، وإنما ضيق على نفسه، وإن مضى إلى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغزو الذى دفع إليه من أجله رد ما فضل معه لأن الذى أخذ لأجله لم يفعله كله.

فصل: وإنما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم فى الديوان وإنما يتطوعون بالغزو إذا نشطوا، قال أحمد: ويعطى ثمن الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه، لأن الواجب إيتاء الزكاة فإذا اشتراها بنفسه فما أعطى إلا فرسًا وكذلك الحكم فى شراء السلاح والمؤنة، وقال فى موضع آخر: إن دفع ثمن الفرس وثمن السيف فهو أعجب إلى، وإن اشتراه هو رجوت أن يجزئه، وقال أيضًا: يشترى الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه والقناة ويُجهز الرجل، وذلك لأنه قد صرف الزكاة فى سبيل الله فجاز كما لو دفعها إلى الغازى فاشترى بها قال: ولا يشترى من الزكاة فرسًا يصير حبيسًا فى سبيل الله ولا دارًا ولا ضيعة يصيرها فى سبيل الله للرباط ولا يقفها على المجاهدين، لأنه لم يؤت الزكاة لأحد وهو مأمور بإتيانها، قال: ولا يغزو الرجل على الفرس الذى أخرجه من زكاة ماله، لأنه لا يجوز أن يجعل نفسه مصرفًا لزكاته كما لا يجوز أن يقضى بها دينه، ومتى أخذ الفرس التى اشتريت بماله صار مَصْرِفًا لزكاته.

١٠٩٤- **مسألة:** قال: (**ويعطى أيضًا فى الحج وهو من سبيل الله**).

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر: الحجُّ فى سبيل الله، وهو قول إسحاق لما رُوِىَ أن رجلاً جعل ناقةً له فى سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقال لها النبىّ ﷺ: «اركبيها فإن الحج فى سبيل الله»(٩٠) وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى: لا يصرف منها فى الحج وبه قال مالك والليث وأبو حنيفة والثورى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر، وهذا أصح لأن سبيل الله عند الإطلاق إنما ينصرف إلى الجهاد فإن كل ما فى القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد إلا اليسير فيجب أن يحمل ما فى هذه الآية على ذلك، لأن الظاهر إرادته به، ولأن الزكاة إنما تصرف إلى أحد رجلين محتاج إليها كالفقراء والمساكين وفى الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم أو من يحتاج إليه المسلمون كالعامل والغازى والمؤلف والغارم لإصلاح ذات البين، والحج من الفقير لا نَفْعَ للمسلمين فيه ولا حاجة بهم إليه ولا حاجة به أيضًا إليه، لأن الفقير لا فرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له فى إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفهه الله منها

(٩٠) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ١٩٩٠) والحاكم فى «مستدركه» (١/ ١٨٣، ١٨٤) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ١٦٤) من طريق عامر الأحول عن بكر بن عبد الله به، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وتعقبه الذهبى بقوله: قلت: عامر ضعفه غير واحد وبعضهم قواه، ولم يحتج به البخارى. وللحديث شواهد يرقى بها إلى درجة الصحة. وانظر «إرواء الغليل» (١٥٨٧).

وخفف عنه إيجابها وتوفير هذا القدر على ذوى الحاجة من سائر الأصناف أو دفعه فى مصالح المسلمـين أولى، وأما الخبـر فلا يمنع أن يكون الحج من سبـيل الله والمراد بالآية غيـره لما ذكرنا، وقـال الشافعى: يجـوز الدفع إلى من أراد الحج لكونه ابن سـبيل ولا يصح، لأن ابن السبيل المسافـر المنقطع به أو من هو محتاج إلى السفر ولا حاجـة بهذا إلى هذا السفر، فإن قلنا: يدفع فى الحج منها فلا يعطى إلا بشرطين: **أحدهما:** أن يكون ممن ليس له ما يحج به سواها لقول النبىّ ﷺ: «لا تحل الصـدقة لغنى ولا لذى مرة سوى»(٩١) وقـال: «لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة»(٩٢) ولم يذكر الحاج منهم، ولأنه يأخذ لحاجته لا لحاجة المسلمين إليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره، **والثانى:** أن يأخذه لحجة الفرض ذكره أبو الخطاب لأنه يحتاج إلى إسقاط فرضه وإبراء ذمـته، أما التطوع فله مندوحة عنه، وقال القاضى: ظاهر كلام أحمد جواز ذلك فى الفرض والتطوع معًا، وهو ظاهر قول الخرقى، لأن الكل من سبيل الله، ولأن الفقير لا فرض عليه فالحجـة منه كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع إليه ما يحج به حجة كاملة وما يغنيه فى حجة ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يغزو بها.

١٠٩٥- **مـسـألة:** قال: **(وابن السبيل، وهو المنقطع به، وله اليـسار فى بلده فيُعطى من الصدقة ما يبلّغه).**

ابن السـبيل: هو الصنف الثامن من أهل الزكاة، ولا خلاف فى استحـقاقه وبقاء سهمه، وابن السبيل: هو المـسافر الذى ليس له ما يرجع به إلى بلده، وله اليسار فى بلـده فيعطى ما يرجع به، وهذا قول قتادة ونحـوه قال مالك وأصحاب الرأى، وقال الشافـعى: هو المختار، ومن يريد إنشاء السفر إلى بلد أيضًا فيدفع إليهما ما يحتاجان إليه لذهابهما وعودهما لأنه يريد السفر لغير معصية فأشبه المجتاز.

ولنا: أن ابن السبيل: هو المـلازم للطريق الكائن فيها، كمـا يقال: وَلَدُ الليل للذى يُكثر الخروج فيه، والقاطن فى بلده ليس فى طريق ولا يثـبت له حكم الكائن فيها، ولهذا لا يثبت له حكم السفر بهـمِّه به دون فعله، ولأنه لا يفهم من ابن السـبيل إلا الغريب دون من هو فى وطنه ومنزله، وإن انتهت به الحاجة منتهاها، فوجب أن يحمل المذكور فى الآية على الغريب دون غيـره وإنما يُـعطى وله اليسـار فى بلده لأنه عاجـز عن الوصول إليـه والانتـفاع به فـهو كالمعدوم فى حقـه، فإن كان ابن السبيل فقيرًا فى بلده أعطى لفقـره وكونه ابن السبيل لوجود الأمرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله إلى بلده، لأن الدفع إليه للحاجة إلى ذلك فتقـدر بقدره، وتدفع إليه وإن كان موسرًا فى بـلده إذا كان محتاجًا فى الحـال لأنه عاجز عن الوصول إلى ماله فصار كالمعدوم، وإن فـضل معه شىء بعد رجوعه إلى بلده رده، لأنه أخذه للحاجـة وقد حصل الغنى بدونه فأشـبه ما لو أخذه لغـزو فلم يَغْزُ، وإن كان فقـيرًا أو اتصل

---

(٩١) تقدم برقم (٦٣).

(٩٢) تقدم برقم (٦٩).

بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره، لأنه إن فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجهة أخرى، وإن كان غارمًا أخذ الفضل لغرمه.

فصل: وإن كان ابن السبيل مجتازًا يريد بلدًا غير بلده فقال أصحابنا: يجوز أن يدفع إليه ما يكفيه فى مُضِيِّه إلى مقصده ورجوعه إلى بلده لأن فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحًا إما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحًا كطلب المعاش والتجارات، فأما المعصية فلا يجوز الدفع إليه فيها، لأنه إعانة عليها وتسبب إليها فهو كفعلها فإن وسيلة الشيء جارية مجراه، وإن كان السفر للنزهة ففيه وجهان: **أحدهما**: يدفع إليه، لأنه غير معصية: **والثانى**: لا يدفع إليه، لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر، ويقوى عندى أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده، لأنه لو جاز ذلك لجاز للمنشئ للسفر من بلده، ولأن هذا السفر إن كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله وإن كان حجًّا فغيره أهم منه، وإذا لم يجز الدفع فى هذين ففى غيرهما أولى، وإنما ورد الشرع بالدفع إليه للرجوع إلى بلده، لأنه أمر تدعو حاجته إليه ولا غنى به عنه فلا يجوز إلحاق غيره به، لأنه ليس فى معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس.

فصل: وإذا ادّعى الرجل أنه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا ببينة، وإن ادّعى الحاجة ولم يكن عُرِفَ له مال فى مكانه الذى هو به قبل قوله من غير بينة، لأن الأصل عدمه معه، وإن عُرِفَ له مال فى مكانه لم تقبل دعواه للفقر إلا ببينة كما لو ادّعى إنسان المسكنة.

فصل: وجملة من يأخذ مع الغنى خمسة: العامل، والمؤلف قلبه والغازى، والغارم لإصلاح ذات البين، وابن السبيل الذى له اليسار فى بلده، وخمسة لا يعطون إلا مع الحاجة: الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه فى مباح وابن السبيل، وأربعة يأخذون أخذًا مستقرًّا لا يلزمهم رد شيء بحال: الفقير والمسكين والعامل والمؤلف، وأربعة يأخذون أخذًا غير مستقر: المكاتب والغارم والغازى وابن السبيل.

فصل: ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع إلى بلده لم يدفع إليه ما لم يتب، فإن تاب احتمل جواز الدفع إليه، لأن رجوعه ليس بمعصية فأشبه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه إلى بلده تركًا للمعصية وإقلاعًا عنها كالعاق يريد الرجوع إلى أبويه والفار من غريمه أو امرأته يريد الرجوع إليهما ويحتمل أن لا يدفع إليه، لأن سبب ذلك المعصية فأشبه الغارم فى المعصية.

١٠٩٦- مسألة: قال: **(وليس عليه أن يُعطى لكل هؤلاء الأصناف وإن كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم)**.

وذلك: لأن الآية إنما سيقت لبيان من يجوز الصرف إليه لا لإيجاب الصرف إلى الجميع بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها، وقد ذكر الله تعالى فى آية أخرى صرفها إلى صنف واحد فقال سبحانه: ﴿**إِن تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ**﴾ (البقرة: ٢٧١) وقال النبىّ ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ

من أغنيائهم فـترد فى فقرائهم» متـفق عليه[٩٣] فلم يذكـر فى الآية ولا فى الخبـر إلا صنفًا واحدًا، وقال النبىّ ﷺ لقبيصة حين تحمَّل حَمَـالَةً: «أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بهـا»[٩٤] فذكر دفعها إلى صنف وهو من الغـارمين، وأمر بنى زريق بدفع صدقتهم إلى سلمة ابن صـخر، وهو شـخص واحد رواه أبو داود[٩٥]، وبعث إليـه على ﷺ بذهيبـة فى تربتهـا فقسمـها بين المؤلفـة قلوبهم وهم صنف واحد، والآثار فى هذا كثـيرة، تدل على أن النبىّ ﷺ لم يكن يعتقد فى كل صدقة ثابتة دفعـها إلى جميع الأصناف ولا تعميمهم بها بل كان يدفعـها إلى من تيسر من أهلهـا، وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه إذ غـير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها إلى ثمانيـة عشر نفسًا أو أحـد وعشرين أو أربعة وعـشرين نفسًا من ثمـانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمنها، والغـالب تعذر وجودهم فى الإقليم العظيم وعجز السـلطان عن إيصال مال بيت المـال مع كثـرته إليهم علـى هذا الوجه فكيف يكلف الله تـعالى كل من وجـبت عليه زكـاة جمعهم وإعطاءهم وهو سـبحانه القائل: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحـج: ٧٨) وقال: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (البقرة: ١٨٥) وقال: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ (البـقـرة: ٢٨٦) وأظن من قال بوجوب دفعهـا على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه، ولا يقدر على فـعله، وما بلغنا أن النـبىَّ ﷺ فعل هذا فى صدقـة من الصدقـات ولا أحدًا من خلفـائه ولا من صحـابته ولا غـيرهم، ولو كـان هذا هو الواجب فى الشريعـة المطهرة لـما أغفلوه، ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أُهْمِلَ إذ لا يجوز على أهل التواتر إهمال نقل ما تدعو الحاجة إلى نقله سيما مع كثرة من تجب عليه الزكاة ووجود ذلك فى كل زمان وفى كل مصر وبلد، وهذا أمر ظاهر وقد سبقت هذه المسألة والكلام فيها فيما تقدم.

فـصل: ويُستحبُّ تقديمها على مـا أمكن من الأصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكـن من كل صـنف، فإن كان المتولى لـتفريقها الساعى استحب إحصـاء أهل السهمان من عمله حـتى يكون فراغه من قبض الصـدقات بعد تناهى أسـمائهم وأنسابهم وحاجـاتهم وقدر كفـايتهم لتكون تفـرقته عـقيب جـمع الصدقة، ويبـدأ بإعطاء العامل لأنه يأخـذه على طريق المعاوضة فكان استحقاقه أقوى، ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تمم له من بيت المال، ولأن ما يأخذه أجرًا وقد قال النبىُّ ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[٩٦] ثـم بالأهم فالأهم وأهمهم أشد حـاجة، فإن كانت الصدقة تفى بحاجة جمـيعهم أعطى كل إنسان

---

(٩٣) تقدم برقم (٧٣). (٩٤) تقدم برقم (٦٤).

(٩٥) أخرجـه أبو داود فى سننه» (٢/ ٢٢١٣) والدارمى فى «سننه» (٢/ ٢٢٧٣) وأحمـد فى «مسنده» (٤/ ٣٧) والحديث إسناده حسن.

(٩٦) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٢٤٤٣) وتقدم فى المـسألة رقم (٨٩١) من كتاب الإجارات حديث رقم (١١).

منهم قدر ما يدفع به حاجته، فيعطى الفقير ما يغنيه وهو ما تحصل له به الكفاية فى عامه ذلك له ولعياله، ويعطى المسكين ما تتم به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق، ففيه روايتان: **إحداهما**: يعطيه ما تتم به الكفاية، **والثانية**: لا يزيد على خمسين درهمًا أو قيمتها من الذهب، إلا أن يكون له عيال فيدفع إليه لكل واحد منهم خمسين درهمًا ويدفع إلى العالم قدر أجره وإلى الغارم ما يقضى به غرمه وإلى المكاتب ما يوفى به كتابته والغازى يعطى ما يحتاج إليه لمؤنة غزوه، وابن السبيل ما يبلغه إلى بلده وإن نقصت الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى، ويستحب أن لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لأنهم أقل الجمع إلا العامل فإنه يكون واحدًا، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفاضل إلى أقرب البلاد إليه، وإن كان المتولى لتفريقها ربُّها فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ويفرقها فى الأهم فالأهم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبه ويعطى من أمكنه.

فصل: وإن اجتمع فى واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفردًا كالفقير الغارم أعطى بهما جميعًا فيعطى ما يقضى غرمه ثم يعطى ما يغنيه لأن الشخص الذى فيه المعنيان كشخصين وجد فى كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ولو أوصى لقرابته وللفقراء استحق القريب الفقير سهمين.

١٠٩٧- **مسألة:** قال: **(ولا يُعطى من الصدقة لبنى هاشم).**

ولا لمواليهم ولا للوالدين وإن علوا ولا للولد وإن سفل، ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تلزمه مؤنته ولا لكافر ولا لمملوك إلا أن يكونوا من العاملين عليها فيعطون بحق ما عملوا ولا لغنى وهو الذى يملك خمسين درهمًا أو قيمتها من الذهب، هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها فى باب الزكاة بما أغنى عن إعادته هنا.

١٠٩٨- **مسألة:** قال: **(وإذا تَوَلَّى الرَّجُلُ إخراج زكاته سقط العاملون).**

وذلك: لأن العامل إنما يؤخذ أجر عمالته فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجرًا، فيسقط سهمه والله أعلم.

فصل: فى جوائز السلطان

كان الإمام أبو عبد الله رحمه الله يتورع عنهـا ويمنع بنيه وعمه من أخذها وهجرهم حين قبلوها وسد الأبواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئًا، ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقـة بما أخذوه، وإنما فعل ذلك لأن أموالهم تخـتلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فـيصير شبهة، وقد قـال النبىُّ ﷺ: «الحلال بَيِّنٌ والحرام بين» وبين ذلك أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن واقع الشبهات أوشك أن يقع فى الحرام كالراتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه»[(١)] وقال النبىُّ ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[(٢)] واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان، منهم: حذيفة وأبو عبيـدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر، ولم يرَ أبو عبد الله ذلك حرامًا: فإنه سئل فقيل له: مال السلطان حرام؟ فقال: لا، وأحب إلىَّ أن يتنزه عنه، وفى رواية قال: ليس أحـد من المسلمين إلا وله فى هذه الدراهم حق، فكيف أقـول إنها سحت، وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية.

وروى عن على ﷺ أنه قال: لا بأس بجـوائز السلطان ما يعطيكم من الحلال أكثـر مما يعطيكم من الحـرام[(٣)]، وقال: لا تسأل السلطان شيئًا فـإن أعطاك فخذ فإن ما فى بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحـرام. وروى عمر بن شيبة البحترى[(٤)] فى كتاب الـقضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبى دخلوا على عمر بن هبيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم وأمر للحسن بألفى درهم فقبض الحسن جائزته وأبى ابن سيـرين أن يقبض، فقال لابن سيرين: ما لك لا تقـبض؟ قال: حـتى يعم الناس، فقـال الحسن: والله لو عـرض لك ولى لص فـأخذ ردائى وورداءك ثم بدا له أن يـرد على ردائى كنت أقـول: لا أقـبل ردائى حـتـى ترد على ابن سيرين رداءه؟ كنت أحب أن تكون أفقه ممـا أنت يا بن سيرين، ولأن جوائز السلطان لها وجه فى الإباحة والتحليل، فإن له جهات كثيرة من الفىء والصدقة وغيرهما.

فـصل: قال أحمد: جوائز السلطان أحب إلىَّ من الصدقة يعنى أن الصدقة أوساخ الناس صِينَ عنها النبىُّ ﷺ وآله لدناءتها ولم يصانوا عن جوائز السلطان، وسُئلَ أحمد عمن عامل السلطان فربح ألفًا وآخر أجازه السلطان بألف أيهما أحب إليك؟ قال: الجائزة وذلك لأن الذى يربح عليه ألفًا لا يربحها فى الغـالب إلا بنوع من التدليس والغبن الفاحش والجائزة عطاء من الإمام برضـاه لا تدليس فيها ولا غـبن، وقال أحمد: إذا كـان بينك وبين السلطان رجل يعنى فهو أحب إلىَّ من أخـذه منه وذلك لأن الوسائط كلما كثرت قربت إلى الحل لأنهـا مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم.

---

(١) الحديث «متفق عليه» وقد تقدم فى المسألة رقم (٧٧٢) حديث رقم (١٥٤).

(٢) أخرجه التـرمذى (٤/ ٢٥١٨) والنسائى (٨/ ٥٧٢٧) وتقدم تخريجـه مستوفيًـا فى المسألة رقم (٧٧٢) حديث رقم (١٥٦).

(٣) ذكره صاحب الكنز (٤/ ١١٧٠٤) وعزاه إلى وكيع وابن جرير.

(٤) فى نسخة: ابن شَبَّة النُّميرى.

كتــــاب النكـــاح

النكـاح فى الشــرع: هو عقد التـزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه مـا لم يصرفه عنه دليل، وقال القـاضـى: الأشـبه بأصـلنا أنه حـقيقـة فى العقد والـوطء جميـعًا لقولنا بتـحريم موطـوءة الأب من غير تزويـج لدخـوله فى قوله تعـالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النســاء: ٢٢) وقيل: بل هو حقيقة فى الوطء مـجاز فى العقد تقول العرب: أنكحنا الفِرَى فسترى، أى: اضربنا فـحل حمر الوحش أمه فسترى ما يتولد منهـما يضرب مثلاً للأمر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه، وقال الشاعر:

ومن أَيِّم قـــد أَنْكَحَـــتْنا رِمَـــاحُنا وأُخْـــرَى على خـــالٍ وَعــمٍّ تَلَهَّفُ

والصحيح ما قلنا: لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد فى الكتاب والسنة ولسان أهل العرف، وقد قيل: ليس فى الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (البـقرة: ٢٣٠) ولأنه يصح نفيه عن الوطء فيـقال هذا سفاح وليس بنكاح، ويروى عن النبى ﷺ أنه قال: «ولدت من نكاح لا من سـفاح»(١) ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة، ولأن النكاح أحد اللفظـين اللذين ينعقد بهما عقـد النكاح فكان حقيقة فـيه كاللفظ

كتــــاب النكـــاح

النكاح فى الشرع: عقد التزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما يصرفه عنه دليل، وقال القاضى: الأشبه بأصلنا أنه حقيقة فى العقد والوطء جميعًا لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ وقيل: بل هو حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد، تقول العرب: أنكحنا الفرى فـسترى أى أضربنا فحل حمر الوحش أمه فسترى ما يتولد منهما، يضرب مثلاً للأمر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه، قال الشاعر:

ومن أَيِّمٍ قـد أَنْكَحَـــتْنا رِمَـاحُـهـا وأخْرى على خـالٍ وعَمٍّ تَلَهَّفُ(أ)

قال شيخنا: والصحيح ما قلنا، لأن الأشهـر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد فى الكتاب والسنة ولســان أهل العرف، وقـد قيل: ليس فى الكتــاب لفظة نكاح بمعنى الـوطء إلا قوله:

---

(١) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٩٠) بلفظ: «خرجت من نكاح لا من سفاح» وذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٨/ ٢١٤) من حـديث علىّ، وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط، وفيه مـحمد بن جعفر بن مـحمد بن علىٍّ صحح له الحاكم فى المـستدرك، وقد تُكُلِّمَ فيه، وبقيـه رجاله ثقات، وابن جرير فى «التـفسير» (١١/ ٥٦) وهو حديث مـرسل صحيح، وللحديث طرق وشـواهد يرتقى بها إلى درجة الحسن وانظر الإرواء (١٩١٤).

(أ) انظر مجمع الأمثال (٣/ ٣٧٦).

الآخر وما ذكره القاضى يفضى إلى كون اللفظ مشتركًا وهو على خلاف الأصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال فى الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر، ثم لو قدر كونه مجازًا فى العقد لكان اسمًا عرفيًا يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الأسماء العرفية.

فصل: والأصل فى مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ (النساء: ٣) الآية وقوله: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (النور: ٢٣) وأما السنة فقول النبى ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء» متفق عليه(٢) فى آى وأخبار سوى ذلك كثيرة، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع، واختلف أصحابنا فى وجوبه فالمشهور فى المذهب أنه ليس بواجب، إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع فى محظور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه، وهذا قول عامة الفقهاء، وقال أبو بكر عبد العزيز هو واجب وحكاه عن أحمد وحكى عن داود أنه يجب فى العمر مرة واحدة للآية والخبر.

﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (البقرة: ٢٣٠) ولأنه يصح نَفيه عن الوطء، لأنه يقال: هذا سفاح وليس بنكاح، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «ولدت من نكاح لا من سفاح»(2) ويقال عن السرية، ليست بزوجة ولا منكوحة، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر، وما ذكره القاضى يفضى إلى كون اللفظ مشتركًا، وهو على خلاف الأصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال فى الجملة، والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر، ثم لو قدر كونه مجازًا فى العقد لكان اسمًا عرفيًا يجب صرف اللفظ إليه عند الإطلاق لشهرته كسائر الأسماء العرفية.

فصل: والأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ وقوله: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ وأما السنة فقول النبى ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»(3) متفق عليه وقال ﷺ:

---

(٢) أخرجه البخارى فى الصوم (٤/ ح١٩٠٥/ فتح) وفى النكاح (٩/ ح٥٠٦٥/ فتح) ومسلم فى صحيحه (٢/ نكاح/ ١٠١٨/١، ١٠١٩) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٠٤٦) والترمذى فى «جامعه» (٣/ ١٠٨٠) والنسائى فى «سننه» (٤/ ح٢٢٣٨) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٨٤٥) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢١٦٥) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣٧٨، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٣٢، ٤٤٧).

(2) تقدم تخريجه برقم (١) ومغنى فى أول كتاب النكاح.

(3) تقدم مستوفيًا برقم (٢) مغنى.

ولنا: أن الله تعالى حين أمر به علّـقه على الاستطابة بقوله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ (النساء: ٣) والواجب لا يقف على الاستطابة، وقال: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ ولا يجب ذلك بالاتفاق فيدل على أن المراد بالأمر الندب، وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع فى المحظور بترك النـكاح، قال القاضى: وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبى بكر فى إيجاب النكاح.

فـصل: والناس فى النكاح على ثلاثة أضـرب: منهم: من يخاف على نفـسه الوقوع فى المحظور إن ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح فى قول عامة الفقهاء، لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحـرام وطريقه النكاح، **الثـانى:** من يستحب له وهو من له شهـوة يأمن معها الوقوع فى المـحظور فهذا الاشـتغال به أولى من التخلى لـنوافل العبادة، وهو قول أصـحاب الرأى وهو ظاهر قول الصحابة ﷺ وفعلهم، قـال ابن مسعود: لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام وأعلم أنى أموت فى آخرها يومًا ولى طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة(٣).

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير: تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء(٤)، وقال إبراهيم ابن ميسرة: قال لى طاوس: لتنكحن أو لأقولن لـك ما قال عمر لأبى الزوائد: ما يمنعك عن

«إنى أتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى»(4) وقال سعد: رد رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن لـه لاختصينا، متفق عليه(5) والتبـتل: ترك النكاح، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع.

1- **مسألة: (والنكاح سنة لما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة وأدناها الاستحباب).**

2- **مـســألة: (والاشـتغال به أفضل من التخلى لنـوافل العبادة إلا أن يخاف على نفـسه مواقعة المحظور بتركه فيجب).**

الناس فى النكاح علـى ثلاثة أضرب: أحـدها: من يخاف على نفسه مـواقعة المحظور إن ترك النكاح، فهـذا يجب عليه فى قول عامة الـفقهاء، لأنه يلزمه إعـفاف نفسه وصـرفها عن الحـرام وطريقـه النكاح، **الثــانى:** من يستحـب له وهو من له شهوة يأمن معـها الوقوع فى محظور، فهذا الاشتغال به أفضـل من التخلى لنوافل العبادة، وهو قول أصحاب الرأى وظاهر

---

(٣) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننـه» (١/ ١٣٩/ ٤٩٣) وذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥١) وقال: رواه الطبرانى وفـيه عبد الرحمن بن عبـد الله المسعودى، وهو ثقة، ولكنه اختلط وبقـية رجاله رجال الصحيح.

(٤) أخرجـه البخارى فى النكاح (٩/ ح٥٠٦٩/ فـتح) وأخرجه سـعيد بن مـنصور فى «سننه» (١/ ١٣٩، ٤٩٤).

(4) أخرجه البخارى فى كتاب النكاح (٩/ ح٥٠٦٣/ فتح) ومسلم (٢/ نكاح/ ٥/ ١٠٢٠).

(5) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ح٥٠٧٣، ٥٠٧٤/ فتح) ومسلم (٢/ نكاح/ ٦/ ١٠٢٠).

النكاح إلا عجز أو فجور[(٥)]، قال أحمد فى رواية المروذى: ليست العزبة من أمر الإسلام فى شيء وقال: من دعاك إلى غير التزويج فقد دعاك إلى غير الإسلام ولو تزوج بشر كان قد أتم أمره. وقال الشافعى: التخلى لعبادة الله تعالى أفضل، لأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا﴾ (آل عمران: ٣٩) والحصور: الذى لا يأتى النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه[(*)]، وقال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾ (آل عمران: ١٤) وهذا فى معرض الذم، ولأنه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع.

ولنا: ما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله وحثهما عليه، وقال ﷺ: «ولكنى أصوم وأفطر وأصلى وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى»[(٦)] وقال سعد: لقد رد

أقوال الصحابة ﷺ وفعلهم، قال ابن مسعود: لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام وأعلم أنى أموت فى آخرها يومًا لى فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة، قال ابن عباس لسعيد بن جبير: تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء، وقال إبراهيم بن ميسرة: قال لى طاوس لتنكحن أو لأقولن لك ما قال عمر لأبى الزوائد ما يمنعك عن النكاح إلا عجز أو فجور، قال أحمد فى رواية المروذى: ليست العزبة من أمر الإسلام فى شيء ومن دعا إلى غير التزويج فقد دعا إلى غير الإسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره، وقال الشافعى: التخلى لعبادة الله أفضل، لأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله تعالى: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا﴾ والحصور: الذى لا يأتى النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه، وقال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾ وهذا فى معرض الذم، ولأنه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع.

ولنا: ما تقدم من أمر الله ورسوله به وحثهما عليه وقوله ﷺ: «لكنى أصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى» وقول سعد: لقد رد النبى ﷺ على عثمان ابن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا، متفق عليهما، وعن أنس قال: كان رسول الله

---

(٥) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٣٩، ٤٩١) وذكره صاحب الكنز (١٦/ ح٤٥٥٨٨).

(*) ذكره الشافعى فى «كتابه الأم» من كتاب «النفقات» باب ما جاء فى أمر النكاح (٥/ ٢١٤).

قال ابن العربى: هذا منكر، لأنك ذكرت يحيى ونسيت محمدًا ﷺ ورغبته، ومدحه له، وحثه عليه، وأن شريعة من قبلنا ليست شريعة لنا ولا يقتدى منها بحرف، وشريعتنا أكمل. اهـ من هامش الأم.

قلت: بل شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يتعارض مع نص من كتاب أو سنة صحيحة وجاء موافقًا لما جاء به محمد ﷺ والله أعلم.

(٦) تقدم بتخريجه برقم (4) شرح ويضاف إليه: والنسائى فى «سننه» (٦/ ح٣٢١٧) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٢٨٥).

النبى ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا(٧)، متفق عليهما، وعن أنس قال: كان النبى يأمرنا بالباءة وينهى عن التبتـل نهيًا شديدًا ويقول: «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» رواه سعيد(٨)، وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه إلى الوجوب والتـخلى منه إلى التحريم، ولو كان التـخلى أفضل لانعكس الأمر، ولأن النبى ﷺ تزوج وبالغ فى العدد وفـعل ذلك أصحابه ولا يشتغـل النبى ﷺ وأصحابه إلا بالأفضـل ولا تجتمع الـصحابة على تـرك الأفضل والاشتـغال بالأدنى، ومن العـجب أن من يفضل التخلى لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح فى فـعله وخالفوه فى فضله فما كان فيهم من يتبع الأفضـل عنده ويعمل بالأدنى، ولأن مصالح النكاح أكـثر فإنه يشتمل عـلى تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحـفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الأمـة وتحقيق مباهاة النبى ﷺ وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة بمجموعها أولى.

ﷺ يأمر بالباءة وينهى عن التـبتل نهيًا شديدًا، ويقـول: «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» رواه سعيـد، وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه إلى الوجوب والتخلـى منه إلى التحريم، ولو كان التـخلى أفضل لانعكست الأحكام، ولأن النبى ﷺ تزوج وبالغ فى العـدد وفـعل ذلك أصـحابـه ولا يشتـغل النبى ﷺ وأصـحـابه إلا بالأفضـل ولا يجتمع الـصحابة على تـرك الأفضل والاشتـغال بالأدنى، ومن العـجب أن من يفضل التخلى لم يفعله فكيف أجـمعوا على النكاح فى فعله وخالفوا فى فضله فـما كان فيهم من يتبع الأفضل عنده ويعـمل بالأدنى، ولأن مصالح النكاح أكثر، فإنه يشـتمل على تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحـفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الأمـة وتحقيق مباهاة النبى ﷺ وغير ذلك من المصـالح الراجح أحدها على نقل العبادة فمجمـوعها أولى، وقد روينا فى أخبار المتقدمين أن قومًـا ذكروا لنبى لهم فضل عابد لهم، فقال: أما إنه لتارك لشىء من السنة فبلغ العابد فأتى فسأله عن ذلك، فـقال: إنك تركت التزويج، فقال: يا نبى الله وما هو إلا هذا؟ فلما رأى النبى احتقـاره لذلك، قال: أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان

---

(٧) تقدم بتخريجه برقم (5) شرح ويضاف إليه: والترمذى فى «جامعه» (٣/ ح١٠٨٣) والنسائى فى «سننه» (٦/ ح٣٢١٢) وابن ماجـه فى «سننه» (١/ ح١٨٤٨) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢١٦٧) وأحـمد فى «مسنده» (١/ ١٧٦، ١٨٣).

(٨) أخرجه سـعيد بن منصـور فى «سننه» (١/ ١٣٩، ٤٩٠) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ١٥٨، ٢٤٥) وفـيه «مكاثر بكم الأنبياء» وذكـره الهيثمى فى «المجمع» وقال: رواه أحـمد والطبرانى فى الأوسط من طريق حفص بن عمر عن أنس، وقد ذكره ابن أبى حاتم، وروى عنه جمـاعة، وبقية رجاله رجال الصحيح. وأخرجه الحـاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٦٢) وقـال: صحيح الإسناد ولم يخرجـاه، والحديث إسناده صحيح.

وقد روينا فى أخبار المتقدمين أن قومًا ذكروا لنبىٍّ لهم فضل عابد لهم فقال: أما أنه لتارك لشىء من السنـة فبلـغ العابد فأتى النبى فسـأله عن ذلك، فقال: إنك تركت التزويج، فقال: يا نبى الله ومـا هو إلا هذا، فلما رأى النبى احـتقـاره لذلك قـال: أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كـان يقوم بالجـهاد وينفى العـدو ويقوم بفرائض الله وحـدوده؟ وأما مـا ذكر عن يحيى فهو شـرعه وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى، والبيع لا يشـتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها.

القـسم الـثـالث: من لا شهوة له إمـا لأنه لم يخلق له شهوة كالعِنِّين أو كـانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه فـفيه وجهان: **أحـدهمـا:** يستحب له النكاح لعـموم ما ذكرنا، **والثـانى:** التخلى له أفضل، لأنه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجـته من التحصين بغيره، ويضر بها بحـبسها على نفسـه ويعرض نفسه لواجبـات وحقوق لعله لا يتمكن من القـيام بها ويشتغل عن العلم والعـبادة بما لا فائدة فيه، والأخـبار تحمل على من له شهوة لمـا فيها من القرائن الدالة عليـها، وظاهر كلام أحـمد: أنه لا فرق بيـن القادر على الإنفاق والعـاجز عنه وقال: وينبغى للرجل أن يتزوج فإن كـان عنده ما ينفق أنفق وإن لم يكن عنده صبر ولو تزوج بَشَرٌ كـان قد تم أمـره واحتج بأن النبى ﷺ كـان يصبح ومـا عنده شىء ويمسى ومـا عنده شىء[٩] وأن النبى ﷺ زَوَّجَ رجلاً لم يقدر إلا على خاتم حديد ولا وجد إلا إزاره ولم يكن له رداء، أخرجه البخارى[١٠]، قال أحمد فى رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال: الله

يقوم بالجهـاد وينفى العدو أو يقوم بفرائض الله وحدوده، وأمـا ما ذكر عن يحيى فهـو شرعه وشرعنا بخلافه فهو أولى، والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها، **القسم الـثالث:** من لا شهـوة له إما لأنه لا شهـوة له كالعِنِّين أو ذهبت شهـوته لمرض أو كبـر ونحوه، ففـيه وجهان: **أحدهـما:** يستحب له النكاح لما ذكرنا، **والثـانى:** التخلى له أفضل فإنه لا يُحَصِّل مصالحَ النكاح ويمنع زوجته من التـحصين بغيره ويضر بها بحبسهـا عن نفسه، ويعرض نفسه لواجبات وحـقوق، ولعله لا يقوم بها ويشتغـل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيـه، والأخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها.

فـصـل: وظاهر كلام أحمد أنه لا فرق بين القادر عـلى الإنفاق والعاجز عنه، فإنه قال: ينبغى للرجل أن يتـزوج فإن كان عنده ما ينفق أنفق، وإن لم يكن عنده صـبر، ولو تزوج بشر كان قـد تم أمره، واحـتج بأن النبى ﷺ كان يصـبح وما عندهم شىء ويمسـى وما عندهم

---

(٩) أخرجه البـخارى فى «الرهن» (٥/ ح٢٥٠٨/ فتح) «بلفظ» «ما أصبح لآل محـمد ﷺ إلا صاع ولا أمسى وأنه لتسعه أبيات» والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١٢١٥).

(١٠) تقدم فى المسألة رقم ٩١٢ (ح٥٨).

يرزقهم، التزويج أحـصن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فـيه، وهذا فى حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فـقد قال الله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ﴾ (النور: ٣٣).

١٠٩٩- **مسألة:** قال: (ولا نكاح إلا بولى وشاهدين من المسلمين).

فى هذه المسألة أربعـة فصول: **أحـدها:** أن النكاح لا يصح إلا بِوَلِىّ ولا تملك الـمرأة تزويج نفسها ولا غـيرها ولا توكيل غير وليها فى تزويجـها، فإن فعلت لم يصح النكاج روى هذا عن عمر وعلى وابن مسـعود وابن عباس وأبى هريرة وعائشة ﷺ، وإليـه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثورى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيـد الله العنبرى والشافعى وإسحاق وأبو عبيـد، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محـمد والحـسن بن صالح وأبى صـالح وأبى يوسف لا يجوز لهـا ذلك بغيـر إذن الولى فإن فعلت كان موقوفًا على إجازته.

وقال أبو حنيفة: لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل فى النكاح لأن الله تعالى قال: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (البـقرة: ٢٣٢) أضاف النكاح إليهن ونهى عن منعهن منه ولأنه خالص حقها وهى من أهل المـباشرة فصح منها كبيع أمتهـا، ولأنها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف فى رقبتها وسائر منافعها ففى النكاح الذى هو عقد على بعض منافعها أولى.

ولنا: أن النبى ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولى»(١١) روته عائشة وأبو موسى وابن عباس، قال المروذى: سألت أحمد ويحيى عن حديث: «لا نكاح إلا بولى» فقالا: صحيح.

وروى عن عائشـة عن النبى ﷺ أنه قال: «أيمـا امرأة نكحت نفـسها بغـير إذن وليـها فنكاحهـا باطل باطل باطل، فإن أصـابها فلهـا المهر بمـا استحل من فـرجهـا فإن اشتـجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»(١٢) رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما **فإن قيل:** فإن الزهرى

شىء، ولأن النبى ﷺ زوج رجـلاً لم يقدر إلا على خـاتم حديد ولا وجـد إلا إزاره، ولم يكن له رداءَ أخرجه البخارى(6) قال أحمد فى رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال: الله يرزقهم، التزويج أحصن له ربما أتى عليه وقت لا يمكن قلبه الصبر، وهذا فى حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه، فقد قال الله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ﴾.

---

(١١) تقدم فى المسألة رقم ٥٥٨ (ح٣٠).

(١٢) أخـرجه أبو داود فـى «سننه» (٣/ ح٢٠٨٣) والتـرمذى فى «سننـه» (٣/ ح١١٠٢) وابن ماجـه (١/ ح١٨٧٩) وأحمـد فى «مسنده» (٦/ ٤٧، ١٦٥) والدارمى (٢/ ح٢١٨٤) وابن حبـان فى «صحيـحه» (٦/ ٤٠٦٢/ إحـسان) والدارقـطنى فى «السنن» (٣/ ٢٢١) والحـاكم فى «المـستـدرك» (٢/ ١٦٨) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ١٠٥) وأبو داود الطيالسى فى «مسنده» (١٤٦٣).

(6) تقدم برقم (١٠) مغنى.

رواه وقد أنكره، قال ابن خديج: سألت الزهرى عنه فلم يعرفه، **قلنا**: له لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن علية، كذلك قال الإمام أحمد ويحيى، ولو ثبت هذا لم يكن حجة لأنه قد نقلهُ ثقات عنه فلو نسيه الزهرى لم يضره، لأن النسيان لم يعصم منه إنسان، قال النبى ﷺ: «نسى آدم فنسيت ذريته»(١٣) ولأنها مولى عليها فى النكاح فلا تليه كالصغيرة، وأما الآية فإن عضلها الامتناع عن تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولى، ويدل عليه أنها نزلت فى شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبى ﷺ فزوجها(*) وأضافه إليها، لأنها محل له، إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز لها تزويج أحد، وعن أحمد: لها تزويج أمتها وهذا يدل على صحة عبارتها فى النكاح فيُخَرَّج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغى أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه لقول النبى ﷺ: «أيما امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل»(١٤) فمفهومه صحته بإذنه، ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها والصحيح الأول لعموم قوله: «لا نكاح إلا بولى» وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص هٰهنا خرج

3- **مسألة**: (وعن أحمد أن النكاح واجب على الإطلاق).

اختاره أبو بكر عبد العزيز، وحكاه عن أحمد، وحكى عن أحمد: أنه يجب فى العمر مرة للآية والخبر، والمشهور فى المذهب أنه ليس بواجب إلا أن يخاف على نفسه الوقوع فى محظور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه، وهو قول أكثر الفقهاء، لأن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ والواجب لا يقف على الاستطابة، وقال: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ ولا يجب ذلك بالاتفاق، فدل على أن المراد بالأمر الندب، وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع فى المحظور بترك النكاح، قال القاضى: وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبى بكر فى إيجاب النكاح والله أعلم.

4- **مسألة**: (ويستحب تخير ذات الدين الولود البكر الحسيبة الأجنبية).

لقول النبى ﷺ: «تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»(7) متفق عليه، والأولى أن لا يزيد على امرأة واحدة، ذكره فى المحرر لقول الله

---

(١٣) أخرجه الترمذى (٥/ ح٣٠٧٦) وابن عبد البر فى «التمهيد» (١/ ٣٤١) وإسناده صحيح.

(*) أخرجه البخارى فى التفسير (٨/ ح٤٥٢٩/ فتح) وفى النكاح (٩/ ح٥١٣٠/ فتح) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ٢٠٨٧) والترمذى (٥/ ح٢٩٨١).

(١٤) تقدم برقم (١٢) مغنى.

(7) أخرجه البخارى فى «النكاح» (٩/ ح٥٠٩٠/ فتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ٥٣/ ١٠٨٦) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ٢٠٤٧).

مخرج الغالب فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغـير إذن وليها والعلة فى منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال، وذلك ينافى حال أهل الصيانة والمروءة والله أعلم.

فــصل: فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتـولى لعقده حاكمًا لم يجز نقضه، وكذلك سائر الأنـكحة الفاسدة، وخرج القـاضى فى هذا وجهًا خاصـة أنه ينقض، وهو قول الإصطخرى من أصحـاب الشافعى، لأنه خالف نصًا والأول أولى لأنهـا مسألة مختلف فـيها ويسوغ فيها الاجـتهاد فلم يجز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعـة للجار، وهذا النص متأول وفى صحته كلام وقد عارضه ظواهر، **الفصل الـثانى:** أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين، هذا المشهـور عن أحمد، وروى ذلك عن عمر وعلى، وهو قـول ابن عباس وسعيـد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعى وقتـادة والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، وعن أحمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عـمر والحسن بن على وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر، وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدى ويزيد بن هارون والعنبرى وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهرى ومالك إذا أعلنوه.

قال ابن المنذر: لا يثبت فى الشاهدين فى النكاح خبر، وقال ابن عبد البر: قد روى عن النبى ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشـاهدين عدلين» من حـديث ابن عبـاس وأبى هريرة وابن عمر(١٥) إلا أن فى نقله ذلك ضعفًا فلم أذكره.

تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ (النساء: ٣) ولقوله سبحانه: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ (النســاء: ١٢٩) ويختار الولود لمـا روى أنس، قال: كان رسول الله ﷺ يقول: «تزوجـوا الولود الودود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القـيامة» رواه سعـيد، وروى مـعقل بن يسـار، قال: جـاء رجل إلى النبى ﷺ، فـقال: إنى أصَـبت امرأة ذات حـسب ومنصب إلا أنهـا لا تلد، أفأتزوجـها؟ فنهـاه، ثم أتاه الثانيـة فنهاه، ثم أتاه الثـالثة، فـقال: «تزوجوا الولود الودود فإنى مكاثر بكم» رواه النسائى(8) وعن على بن الحسين أن النبى ﷺ

---

(١٥) حديث ابن عباس ﷺ: أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٢١، ٢٢٢) وقال: رفعه عدى بن الفضل ولم يرفعه غيره. والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١١٢) وقال: ضعيف والصحيح موقوف.

وأما حـديث أبى هريرة ﷺ فأخرجـه البيهقى فى «السنـن الكبرى» (٧/ ١٢٥) وقال: قال البـخارى: مغيرة بن موسى بصرى منكر الحديث، وقال أبو أحمد بن عدى: المغيرة بن موسى فى نفسه ثقة.

وأما حديث ابن عـمر ﷺ فأخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٢٥) وفـى إسناده ثابت بن زهير، قال البخارى: منكر الحديث قـاله ابن عدى، وذكره ابن عبد البر فى «التمـهيد» (١٩/ ٨٩) من حديث ابن عباس وأبى هريرة وابن عمر، وقال: إلا أن فى نقله ذلك ضـعفًا، فلذلك، والحديث بالجملة له طرق وشواهد يرتقى بها إلى درجة الصحة.

(8) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢٠٥٠) والنسائى (٦/ ح٣٢٢٧) وإسناده صحيح.

قال ابن المنذر: وقد أعتق النبى ﷺ صفية ابنة حيى فتزوجها بغير شهود، قال أنس بن مالك ﷺ: اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة قروش(*)، فقال الناس: ما ندرى أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد؟ فلما أن أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها، متفق عليه(١٦)، قال: فاستدلوا على تزويجها بالحجاب وقال يزيد بن هارون: أمر الله تعالى بالإشهاد فى البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأى الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع، ووجه الأولى أنه قد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل» رواه الخلال بإسناده(١٧).

وروى الدارقطنى عن عائشة عن النبى ﷺ أنه قال: «لا بد فى النكاح من أربعة: الولى والزوج والشاهدان» ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع، فأما نكاح النبى ﷺ بغير ولى وغير شهود فمن خصائصه فى النكاح فلا يلحق به غيره.

قال: «يا بنى هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتمسوا أولادهن فإن فى أرحامهن البركة»(9) قال: ويختار البكر لقول النبى ﷺ: «أتزوجت يا جابر؟» قال: قلت: نعم، قال: «بكرًا أم ثيبًا» قال: قلت: بل ثيبًا، قال: «فهلا بكرًا تلاعبها وتلاعبك» متفق عليه(10) وعن عطاء عن النبى ﷺ أنه قال: «عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواهًا وأنقى أرحامًا وأرضى باليسير»(11) وفى

(*) فى نسخة: أرؤس.

(١٦) أخرجه البخارى فى كتاب «المغازى» (٧/ ح٤٢٠١، ٤٢١٣/ فتح) وفى كتاب «النكاح» (٩/ ٥٠٨٥، ٥١٥٩/ فتح) وليس فى طرق البخارى: اشتراها بسبعة أرؤس أو قروش وأخرجه مسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ١٠٤٤/ ٨٤ - ٨٦).

ومن حديث أنس أيضًا (٢/ نكاح/ ١٠٤٥/ ٨٧) وفيه «لفظ» فاشتراها رسول الله ﷺ بسبعة أرؤس، وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٥٤) والترمذى (٣/ ح١١١٥) والنسائى (٦/ ح٣٣٤٢، ٣٣٤٣، ٣٣٨٠) وابن ماجه (١/ ١٩٥٧) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٩٩، ١٦٥، ١٧٠، ١٨١، ٢٣٩، ٢٤٢، ٢٤٦، ٢٦٤، ٢٩١).

(١٧) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٢٤) من طريق عبد الله بن عمر القواريرى، وقال: تفرد به مرفوعًا، والقواريرى ثقة إلا أن المشهور بهذا الإسناد موقوف على ابن عباس ﷺ.

(9) ذكره السيوطى فى «اللآلئ المصنوعة» (٢/ ١٦٣) وعزاه إلى أبى زكريا البخارى فى «فوائده» من حديث على بن الحسين «بلفظ» «أطلقوا الولد فى سبيل الأعاجم، فإن فى أرحامهن بركة» وإسناده ضعيف جدًا.

(10) أخرجه البخارى فى «البيوع» (٤/ ح٢٠٩٧/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٠/ ١٢٢١، ١٢٢٢) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٤٨) والترمذى (٣/ ١٠٠١) وابن ماجه (١/ ١٨٦٠) والدارمى (٢/ ٢٢١٦) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٢٩٤، ٣٠٢، ٣١٤، ٣٧٦).

(11) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ١٨٦١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٨١) وإسناده حسن.

الفـصل الثـالث: أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمـين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده، نص عليه أحمد وهو قول الشافعى وقال أبـو حنيفة: إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميـين، قال أبو الخطاب: ويتخرج لـنا مثل ذلك مبنيّا علـى الرواية التى تقول بقبول شـهادة بعض أهل الذمة على بعض.

ولنا: قـوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشـاهدى عدل» ولأنـه نكاح مسلم فـلم ينعقـد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين.

فـصل: فأما الفاسقان ففى انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان: **إحداهـما:** لا ينعقد وهو مذهب الشافعى للخبر، ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهـما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين، **والثـانيـة:** ينعقد بشـهادتهما، وهو قول أبى حنيفـة لأنها تحمُّلٌ فصحت من الفـاسق كسائر التحملات وعلى كلتـا الروايتين لا يُعتبر حقيـقة العدالة بل ينعقد بشهادة مـستورى الحال لأن النكاح يكون فى القرى والباديـة وبين عامة الناس ممن لا يعرف حـقيقة العدالة فاعـتبار ذلك يشق فاكتفى بظـاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يظهـر فسقه، فإن تبين بعـد العقد أنه كان فاسـقًا لم يؤثر ذلك فى العقـد، لأن الشرط العدالة ظاهراً وهو أن لا يكون ظاهر الفـسق وقد تحقق ذلك وقيل: نتبين أن النكاح كان فاسدًا لعدم الشرط وليس بصحيح لأنه لو كانت العدالة فى الباطن شرطًا لوجب الكشف عنها، لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكًا فى شرط النكاح فلا

رواية: «وأفتح أرحامًـا» رواه الإمام أحمد (12) ويختار الحسيبـة ليكون ولدها نجيبًا، فإنه ربما أشبه أهلها ونزع إليـهم، وكان يقال: إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيهـا وأخيها، وعن عائشة قـالت: قال رسول الله ﷺ: «تخيـروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكـحوا إليهم» (13) ويختار الأجنبـية فإن ولدها أنجب، ولهذا يقال أغربوا لا تضـووا يعنى أنكحوا الغراب كى لا تضـعف أولادكم وقيـل الغراب أنجب وبنات الـعم أصبـر ولأنه لا يؤمن العـداوة فى النكاح وإفضـائه إلى الطلاق وإذا كـان فى قرابة أفـضى إلى قطيعـة الرحم المأمـور بصلتـها ويختـار الجميلة، لأنه أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح وروى عن محمد بن أبى بكر بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليـستحسنها» (14) وعن أبى هريرة قال: قيل يا رسـول الله أى النساء خير؟ قال: «التى تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالـفه فى نفسها ولا فى ماله بما يكره» (15) رواه الإمام أحـمد والنسائى وعن يحـيى بن جعدة أن النبى ﷺ قـال: «خير فائدة أفـادها المرء

---

(12) انظر ما تقدم برقم (11).

(13) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ١٩٦٨) وإسناده حسن.

(14) ذكره السيوطى فى «اللآلئ المصنوعة» (٢/ ١٨٩) وقال: لا يصح.

(15) أخرجه النسائى (٦/ ٣١٣١) وأحمد فى «مسنده» (٧٤١٥) وإسناده صحيح.

ينعقد ولا تحل المرأة مع الشك فى صحة نكاحها، وإن حدث الفسق فيهما لم يؤثر فى صحة النكاح لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولى وشاهدى عدل قبل قولهما وثبت النكاح بإقرارهما.

فصل: ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين، وهذا قول النخعى والأوزاعى والشافعى وعن أحمد أنه قال: إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز، وإن كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى فى انعقاده بذلك وهو قول أصحاب الرأى ويُروى عن الشعبى، لأنه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع.

ولنا: أن الزهرى قال: مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النِّساء فى الحدود ولا فى النكاح ولا فى الطلاق(١٨) رواه أبو عبيد فى الأموال وهذا ينصرف إلى سنة النبى ﷺ ولأنه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال فى غالب الأحوال فلا يثبت بشهادتهن كالحدود، وبهذا فارق البيع ويحتمل أن أحمد إنما قال: هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية.

فصل: ولا ينعقد بشهادة صبيين، لأنهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له، لأن وجوده كالعدم ولا

المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه فى غيبته فى ماله ونفسها»(16) رواه سعيد ويختار ذات العقل ويجتنب الحمقاء، لأن النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى معها ذلك إلى ولدها وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فإن ولدها صياع وصحبتها بلاء.

5- مسألة: (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير خلوة بها).

وعنه له النظر إلى ما يظهر غالبًا كالرقبة واليدين والقدمين قال شيخنا: لا نعلم بين أهل العلم فى إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها خلافًا لما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل»(17) فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى نكاحها فتزوجتها، رواه أبو داود وفيه أحاديث كثيرة سوى هذا ولأن النكاح عقد يقتضى التمليك فكان للعاقد النظر إلى المعقود عليه كالأمة المستامة ولا بأس بالنظر إليها بإذنها وغير إذنها لأن النبى ﷺ أمر بالنظر

---

(١٨) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» (١٠/ ٥٨) وذكره الزيلعى فى «نصب الراية».

(16) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٥٠١) وذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٧٢) من حديث أبى هريرة وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه جابر الجعفُى وهو ضعيف وقد وثق وبقية رجاله ثقات.

(17) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢٠٨٢) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٣٤، ٣٦٠) وإسناده حسن

ينعقد بشـهادة أصمَّين لأنهـما لا يسمعان ولا أخـرسين لعدم إمكان الأداء منهمـا وفى انعقاده بحضـور أهل الصنائع الزَّرِيَّة كالحـجَّام ونحوه وجـهان بناء على قبـول شهادتهم وفى انعـقاده بشهادة عدوين أو ابنى الزوجين أو أحدهما وجهان: **أحدهـما**: ينعقد، اختاره أبو عبد الله بن بطة لعموم قوله: «إلا بولى وشاهدى عدل» ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسـائر العدول، **والثـانى**: لا ينعقد بشهادتهمـا لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده.

فـصل: وينعقد بشـهادة عبدين، وقال أبو حنيفة والشافـعى: لا ينعقد، ومبنى الخلاف على قبول شهـادتهما فى سائر الحقوق ونذكـره فى موضعه إن شاء الله تعالى وينعـقد بشهادة ضريرين وللشافعية وجهان فى ذلك.

ولنا: أنها شـهادة على قـول فصحـت من الأعمى كالشـهادة بالاسـتفاضـة وإنما ينعـقد بشهادتهما إذا تيـقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيـهما كما يعلم ذلك من يراهما وإلا فلا.

فـصل: وإذا تزوجت المرأة تزويجًا فاسدًا لم يجز تزويجهـا لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفـسخ نـكاحـهـا، وإذا امتنع من طلاقـها فسخ الحاكـم نكاحه، نص عليه أحمـد، وقال الشافعى: لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق لأنه نكاح غير منعقد أشبه النكاح فى العدة.

وأطلق، ومن حديث جابر فكنت أتخبـأ لها، وفى حديث المغيرة بن شعبـة أنه استأذن أبويها فى النظر إليها فكرهاه، فأذنت له المرأة رواه سعيد[18] ولا تجوز الخلوة بها لأنها محرمة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور فإن النبى ﷺ قال: «لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان»[19] ولا ينظر إليها نظر تلذذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد فى رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا تكون على طريق لذة وله تكرار النظر إليها وتأمل محاسنها لأن المقصود إنما يحصل بذلك.

فـصل: ولا خلاف بين أهل العلم فى إباحـة النظر إلى وجههـا لأنه ليس بعورة، وهـو مجمع المـحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى مـا يظهر عادة وحكى عن الأوزاعى أنه ينظر إلى مواضع اللحم، وعن داود أنه ينظر إلى جميعها لظاهر قوله ﷺ : «انظر إليها».

ولنا: قوله تعالى: ﴿**وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا**﴾ (النور: ٣١) روى عن ابن عباس أنه قال هو الوجه وباطن الكف ولأن النظر أبيح للحاجة فيختـص بما تدعو الحاجة إليه والحديث مطلق ومن نظر إلى وجـه إنسان سُمِّىَ ناظرًا إلـيه ومن رآه وعليه ثيـابه سمى رائيًـا له قال الله

---

(18) أخـرجه سـعيـد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٤٥/ ٥١٦) والـبيـهقى فى «السنن الكبـرى» (٧/ ٨٥) وإسناده حسن.

(19) أخرجه الترمذى فى كتاب الرضاعة (٣/ ح٤٧٤) وإسناده صحيح.

ولنا: أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج فى التفريق فيه إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه، ولأن تزويجها من غير تفريق يفضى إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد، ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثانى أيضًا ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الأولان أو يفسخ نكاحهما، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله ﷺ: «فلها المهر بما استحل من فرجها»(١٩) وإن تكرر الوطء فالمهر واحد للحديث، ولأنه إصابة فى عقد فاسد أشبه الإصابة فى عقد صحيح.

فصل: والواجب لها مهر مثلها، أومأ إليه أحمد فإنه قال فى العبد: يتزوج بغير إذن سيده يعطى شيئًا، قال القاضى: يعنى مهر المثل، وهو ظاهر قول الخرقى لقوله: إذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما، فإن دخل بها الثانى فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعى، والمنصوص عن أحمد: أن لها المسمى، لأن فى بعض ألفاظ حديث عائشة: «ولها الذى أعطاها بما أصاب منها».

تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾ (المنافقون: ٤) فأما ما يظهر غالبًا سوى الوجه والكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة فى منزلها ففيه روايتان: **إحداهما:** لا يباح النظر إليه لأنه عورة فلم يبح النظر إليه كالذى لا يظهر فإن عبد الله روى أن النبى ﷺ قال: «المرأة عورة»(20) حديث حسن ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه فبقى ما عداه على التحريم **والثانية:** له النظر إلى ذلك قال أحمد فى رواية حنبل: لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة وقال الشافعى: ينظر إلى الوجه والكفين ووجه جواز النظر إلى ما يظهر غالبًا أن النبى ﷺ لما أذن فى النظر إليها من غير علمها علم أنه أذن فى النظر إلى جميع ما يظهر غالبًا إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له فى الظهور، ولأنه يظهر غالبًا فأبيح النظر إليه كالوجه ولأنها امرأة أبيح له النظر إليها من الشارع، فأبيح النظر منها إلى ذلك كذوات المحارم، وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبى جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة على فذكر منها صغرًا فقالوا له إنما ردَّك فعاوده فقال: أرسل بها إليك تنظر إليها فرضيها فكشف عن ساقها فقالت: أرسل لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك(21).

6- مسألة: (وله النظر إلى ذلك وإلى الرأس والساقين من الأمة المستامة ومن ذوات محارمه، وعنه لا ينظر من ذوات محارمه إلا إلى الوجه والكفين).

---

(١٩) تقدم برقم (١٢).

(20) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٣/ ١١٧٣) وفيه زيادة «فإذا خرجت استشرفها الشيطان» وإسناده صحيح.

(21) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٤٧، ٥٢١) وهو مرسل.

قال القاضي: حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسناديهما وقال أبو حنيفة: الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل لأنها إن رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائدة لأنه بغير عقد صحيح.

ولنا: قول النبي ﷺ: «فلها المهر بما استحل من فرجها» فجعل لها المهر المميز بالإصابة، والإصابة إنما توجب مهر المثل، ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء، وإذا لم يكن موجبًا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبًا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة، ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة إنها رضيت بدون صداقها إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة فيجب مهر المثل كاملاً كوطء الشبهة.

فصل: ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم، لأن النبي ﷺ جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصابها أو لم يصبها، والمنصوص عن أحمد أن المهر يستقر بالخلوة قياسًا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك.

فصل: ولا حدَّ في الوطء في النكاح الفاسد سواء اعتقد حلَّه أو حرمته، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي إذا اعتقد حرمته وهو اختيار السمرقندي[٢٠]

يجوز له النظر إلى ذلك من الأمة المستامة، كما يجوز إلى من يريد خطبتها قياسًا عليها، بل الأمة المستامة أولى لأنها تراد للاستمتاع وغيره من التجارة فيها، وحسنها يزيد في ثمنها، فأما ذوات المحارم فيجوز النظر منهن إلى ما يظهر غالبًا كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك، وليس له النظر إلى ما لا يظهر غالبًا كالصدر والظهر ونحوهما، قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه وصدرها قال: لا ما يعجبني ثم قال: أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة، وقال أبو بكر: كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقي، لأنه يدعو إلى الشهوة، يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، بنت المهلب قالت: قلت للحسن: ينظر الرجل إلى قرط أخته أو إلى عنقها، قال: لا ولا كرامة، وقال: لو دخلت عليَّ أمي لقلت: أيتها العجوز غطي شعرك، والصحيح إباحة النظر إلى ما يظهر غالبًا لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ (النور: ٣١) الآية وقالت سهلة بنت سهيل: يا رسول الله إنا كنا نرى سالمًا ولدًا فكان يأوي معي ومع أبي

---

(٢٠) في بعض النسخ: الصيرفي: وهو أبو بكر محمد بن عبد الله الصيرفي أحد أصحاب الوجوه في مذهب الشافعي توفي سنة ثلاثة وثلاثمائة «طبقات الشافعية» (٣/ ١٨٦).

من أصحاب الشافعي لمـا روى الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسهـا إنَّ الزانية هي التي تزوج نفسها»(٢١) وبإسـناده عن الشعـبي قال: ما كان أحد مـن أصحاب النبي ﷺ أشد في النكاح بغـير ولي من علي رضي الله عنه كان يضـرب فيه(٢٢)، وروى الشَّالَنجيُّ بإسناده عن عكرمة بن خـالد أن الطريق جمعت ركبًا فيه امرأة ثـيب، فخطبها رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشـهود، فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع إليه أمرهما ففرَّق بينهما وجلد النكاح والمنكح(٢٣).

ولنا: أن هذا مختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود، ولأن الحد يُدرأ بالشبهات والاختلاف فـيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يـجوز بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقـد، وعمر جلدهما أدبًا وتعـزيرًا ولذلك جلد المُنْكِحَ ولم يجلد المرأة، وجلدهما بـمجرد العقد مع اعتقادهما حِلَّه وكذلك حديث عليٍّ على أن حديث عليٍّ حجةٌ على من أوجب الحد فيه فإن عليًا أشد الناس فيه، وقد انتهى الأمر إلى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلدًا، فإن قيل: فقد أوجبتم الحَدَّ على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه قلنا: هو مفارق لمسألتنا بـدليل أنا نَحُدُّ من اعتقد حلَّه ولأنَّ يـسير النبيذ يدعـو إلى كثرة المتفـق على تحريمه

حذيفة في بيت واحد ويراني فُـضُلاً، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فـيه؟ فقال النبي ﷺ: «أرضعيه» فأرضعتـه خمس رضعات، فكان بمنزلة ولدها رواه مسلم بمعناه وأبو داود(22) وهذا دليل على أنه كـان ينظر منها إلى مـا يظهر غالـبًا، فإنهـا قالت: يراني فُـضُلاً ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها، قال امرؤ القيس:

فـجـئْتُ وَقَـدْ نَضَتْ لنَوْمٍ ثـيـابَهَـا لَدَى السِّـتْرِ إلا لـبِسْـةَ المُـتَفَـضِّلِ

ومثل هذا يظهر منه الأطرافَ والَشَّعْر، وكان يراها كذلك إذا اعتـقدته ولدًا ثم دلهم النبي ﷺ على ما يستديمون به ما كانوا يعـتقدونه ويفعلونه، وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي مسلمة: أنها ارتضعت من أسمـاء امرأة الزبير قالت: فكنت أراه أبًا وكان يدخل عليَّ وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول: أقبلي علي(23)، ولأن التحرز من هذا لا

---

(٢١) أخـرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٢٢٧) وابن مـاجـه (١/ ١٨٨٢) والبيـهقي في «السنن الكبـرى» (٧/ ١١٠) وذكره الألباني في الإرواء (١٨٤١) وقال: صحيح دون الجملة الأخيرة.

(٢٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٢٢٩) وهو منقطع.

(٢٣) أخرجه الدارقطـني في «السنن» (٣/ ٢٢٥) والبيهقي في «السنن الكبـرى» (٧/ ١١١) والحديث رواه الشافعي أيضًا كـذا في المنتقى وفي التلخيص رواه الشافعي والبيهـقي من طريق المصنف وفيه انقطاع لأن عكرمة لم يدرك ذلك.

(22) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٠٦١) ومالك في «الموطأ» (٢/ ٦٠٥/ ١٢) وإسناده صحيح.

(23) انظر المسند للشافعي (٢/ ٢٥).

وهذا المختلف فيه يغنى عــن الزِّنا المجمع على تحريمه فافترقا، فـإذا ثبت هذا فإنَّ من اعتقد حِلَّه ليس عليه إثم ولا أدب لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها ومن اعتقد حرمته أثم وأُدِّب وإن أتت بولد منه لحقه نسبه فى الحالين.

فـــصل: فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المـعتدة أو شبهه فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه.

فصل: ويساوى الفاسد الصحيح فى اللعان إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقًا به، فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعــدم الحاجة إليه وتجب العدة بالخلوة فيه، وعدة الوفاة بالموت فيه والإحداد وكل ذلك احتيــاطًا لها، ويفارق الصحيح فى أنه لا يثبت التوارث ولا تحصل به الإباحة للمتزوج ولا تحل للزوج المطلق ثلاثًا بالوطء فيه ولا يحصل الإحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه، ولا يحرم الطلاق فيه فى زمن الحيض.

١١٠٠- **مسألة:** قال: **(وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)**.

إنما قَيَّدَ المرأة بالحرة هـهنا لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها وإنما وليها سيدها بغير خلاف علمناه، وأمــا المرأة الحــرة فأولى الناس بتــزويجهــا أبوها، ولا ولاية لأحد مـعه وبهــذا قال الشافـعى وهو المشـهور عن أبى حـنيفة، وقــال مالك والعنبـرى وأبو يوسف وإسـحاق وابن المنذر: الابن أولى وهو رواية عن أبى حنيـفة، لأنه أولى منه بالميراث وأقـوى تعصيبًـا ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده.

ولنا: أن الولد موهوب لأبيه قال الله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ﴾ (الأنبياء: ٩٠) وقال زكريا: ﴿رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً﴾ (آل عمران: ٣٨) وقال: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ (مريم: ٥)

يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالبًا لا يبــاح لأن الحاجة لا تدعو إليه ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور، فحرم النظر إليه كما تحت السرة.

فـــصل: وذوات محارمــه كل من حُرِّم نكاحها على التأبيــد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب وعن عائشة أنَّ أفلح أخا أبى القعيس استــأذن عليها بعــد ما أنزل الحجــاب، فأبت أن تأذن له، فقال الــنبى ﷺ: «ائذنى له فإنه عمك تربت يـمينك»(24) وقد ذكر الله آباء بعولتــهن كما ذكر آباءهن وأبناءهن فى إبداء الزينة لهم، وتوقف أحمد عن النـظر إلى شعر أم المرأة وبنتهــا لأنهما غير مــذكورتين فى الآية قال القاضى: إنما حكى قول سعيد بن جبـير ولم يأخذ به وقد صرح فى رواية المروذى أنه محرم يجوز له المسافــرة بها وقال فى رواية أبى طالب ساعة يعقد عقــدة النكاح تحرم عليه أم امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التى سرى بها لا يحل له أبدًا أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شىء من جسدها وهى حرام عليه

(24) أخرجه البخارى فى «التفسير» (٨/ح٤٧٩٦) ومسلم «فى كتاب الرضاعة» (٢/ ١٠٦٩، ١٠٧٠/ ٥).

وقال إبراهيم: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ (إبراهيم: ٣٩) وقال ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» (٢٤) وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولأن الأب أكمل نظرًا وأشد شفقة فوجب تقديمه فى الولاية كتقديمه على الجَدِّ ولأن الأب يلى ولده فى صغره وسفهه وجنونه فيليه فى سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشترى لها من ماله وله من مالها إذا كانت صغيرلا بخلاف غيره، ولأن الولاية احتكامٌ واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس، وفارق الميراث فإنه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبى والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه.

١١٠١- **مسألة:** قال: (ثم أبوه وإن علا).

يعنى أن الجدَّ أبُ الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء، وهو قول الشافعى، وعن أحمد رواية أخرى أن الابنَ مقدَّمٌ على الجَدِّ، وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم.

وعن أحمد رواية ثالثة أن الأخ يقدم على الجد وهو قول مالك لأن الجد يدلى بأبوة الأب والأخ يدلى ببنوةٍ والبنوة مقدمة، وعن أحمد أن الجد والأخ سواء لاستوائهما فى الميراث بالتعصيب فاستويا فى القرابة فوجب أن يستويا فى الولاية كالأخوين ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا فى الولاية كالأخوين.

ولنا: أن الجدَّ له إيلاد وتعصيب، فيقدم عليهما كالأب ولأن الابن والأخ يقادان بها ويقطعان بسرقة مالها، والجد بخلافه لا يسقط فى الميراث إلا بالأب والأخ يسقط به وبالابن وابنه، وإذا ضاق المال وفى المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب، ولتقدمه على العم وسائر العصبات، إذا ثبت هذا فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب، وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم فى الميراث.

١١٠٢- **مسألة:** قال: (ثم ابنها وابنه وإن سَفَلَ).

وجملته: أنه متى عُدِمَ الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت

فصل: فأما أم المزنى بها وابنتها فلا يحل له النظر إليهن وإن حرم نكاحهن لأن تحريمهن بسبب محرم فلم يفد إباحة النظر كالمحرمة باللعان، وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محارمه، وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة، قال أحمد فى يهودى أو نصرانى أسلمت بنته لا يسافر بها ليس هو محرمًا لها فى السفر أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها به رسول الله ﷺ.

---

(٢٤) تقدم فى المسألة رقم ٩٣٥/ ح٣٥.

درجته الأقرب فـالأقرب منهم، وبه قال أصحاب الرأى وقـال الشافعى: لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عمٍّ أو مولى أو حاكمًا فيلى بـذلك لا بالبنوة لأنه ليس بمناسب لها فلا يلى نكاحها كخالها ولأن طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها.

7- مسألة: (وللعبد النظر إليهما من مولاته).

يعنى إلى الوجه والكفين لقول الله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ (النور: ٣١) ولما روت أم سلمـة أن رسول الله ﷺ: «قال إذا كـان لإحداكن مكاتب فـملك ما يـؤدى فلتحـتجب منه»(25) قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح، وعن أنس أن النبى ﷺ أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها، وعلـى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليهـا وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسـها، فلمـا بلغ رسول الله ﷺ مـا تلقى قال: «إنه ليس عليك بأس إنمـا هو أبوك وغـلامك»(26) رواه أبو داود، وأما النظر إلى شعرها فكرهه أبوه عبـد الله وسعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحـسن، وأباحه ابن عباس لما ذكرنا من الآية والخـبرين، ولأن الله تعالى قـال: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ﴾ إلى قـوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ (النـور: ٥٨) ولأنه يشق التحرز منه فأبيح له ذلك كذوى المحارم، وجعله بعض أصحابنا كالأجنبى، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

8- مـسـألة: **(ولغير أولى الإربة من الـرجال كالكبير والعنين ونحـوهما النظر إلى ذلك، وعنه لا يباح).**

من لا شهوة له من الرجال كالمـخنث ومن ذهبت شهوته لكبر أو عنة أو مرض لا يرجى برؤه والشيخ الخصى فحكمه حكـم ذى المحرم فى النظر لقول الله تعالى: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ (النـور: ٣١) أى غير أولى الحاجة إلى النســاء قاله ابن عباس وعنه هو المخنث الذى لا يقوم إربه، وعن مجاهد وقتادة الذى لا إرب له فى النساء، فإن كان المخنث ذا شهـوة ويعرف أمر النسـاء فحكمه حكم غـيره، لأن عائشة قـالت: دخل على أزواج النبى ﷺ مخنث فكانوا يعدونه من غير أولى الإربة فدخل علينا النبى ﷺ وهو ينعت امرأة أنها إذا أقبلت أقبلت بأربع، وإذا أدبرت أدبرت بثمان فـقال: «لا أرى هذا يعلم ما هـهنا لا يدخلن عليكم هذا» فحجبوه، رواه أبو داود(27) وغيره قال ابن عبد البر: ليس المخنث الذى تعرف فيه الفاحشة خاصة، وإنما التخنيث شدة التأنيث فى الخلقة حتى يشبه المرأة فى اللين والكلام والنغمة والنظر والعقل، فإذا كان كذلك لم يكن له فى النساء إرب وكان لا يفطن لأمور النساء

---

(25) أخرجه أبو داود (٣٩٢٨) والترمذى (١١٦١) وابن ماجه (٢٥٢٠) وإسناده ضعيف.

(26) أخرجه أبو داود فى «كتاب اللباس» (٤/ ٤١٠٦) وإسناده صحيح.

(27) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤١٠٧) من حديث عائشة وإسناده صحيح.

ولنا: ما روت أم سلمة ﵂ أنها لما انقضت عدتُّها أرسل إليها رسول الله ﷺ يخطبها فقالت: يا رسـول الله ليس أحد من أوليائى شاهدًا قال: «ليس من أوليـائك شاهدٌ ولا غائبٌ يكره ذلك» فقالت: قم يا عمرو فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواه النسائى[٢٥] قال الأثرم: قلت لأبى عبـدالله فحديث عمـرو بن أبى سلمة حين تزوج النبى ﷺ أم سلمـة أليس كان صغيـرًا قال: ومن يقول كان صـغيرًا ليس فيـه بيان، ولأنه عدل من عصـبتها فـثبت به ولاية تزويجها كأخـيها وقولهم ليس بمناسب لها يبطل بالحاكم والمولى وقـولهم: إن طبعه ينفر من تزويجها، قلنا: هذا معارض فى الفرع ليس له أصل، ثم يبطل بما إذا كان ابن عمٍّ أو مولى أو حاكمًا، إذا ثبت هذا فـإنه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف نعلمـه عند من يقول بولايته لأنه أقوى منه تعصيبًا وقد استويا فى عدم الإيلاد.

فهو مـن غير أولى الإربة الذين لم يبح بهم الدخـول على النساء، ألا ترى أن النبى ﷺ لم يمنع ذاك المخنث من الدخول على النساء فلما سمعـه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء، أمر بحجبه، وعنه لا يباح لأنه ذكر بالغ أجنبى فلم يبح له ذلك كالذى له إرب.

مسألة: (وللشاهد النظر إلى وجه المشهود عليها).

لتكون الشهادة واقـعة على عينها قال أحـمد: لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عـرفها بعينها، وكذلك من يقابل المـرأة فى بيع أو إجارة فله النظر إلى وجهها ليعرفهـا بعينها فيرجع عليهـا بالدرك وقد روى عن أحـمد كراهة ذلك فى حق الشـابة دون العجوز ولـعله كرهه من يخالف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس.

9- **مـسـألة:** (وللطبيب النظـر إلى ما تدعو الحـاجة إلى نظره إليه من بدنهـا من العورة وغيـرها، فإنـه موضع حـاجة) وقد روى أن النبى ﷺ لمـا حكم سعدًا فى بنى قـريظة كان يكشف عن مـؤتزرهم وعن عثـمان أنه أتى بغـلام قد سرق فـقال: «انظروا إلى مـؤتزره» فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطعه»[28].

10- **مـسألة:** (وللصبى المميز غير ذى الشهوة النظر إلى المرأة إلى ما فوق السرة وتحت الركبة فى إحدى الروايتين).

لأن الله تعـالـى قـال: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ (النور ٥٨) وقال: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ (النـور: ٥٩) فدل على التفريق بين البالغ وغيـره، قال أبو عبد الله: حجم أبو طيبة أزواج النبى ﷺ وهو غلام، والرواية الأخرى حكمه حكم ذى المحـرم فى النظر إذا كان ذا شهوة لقول

---

(٢٥) أخرجـه النسائى فى «سننه» (٦/ ٣٢٥٤) والحاكم فى «المـستدرك» (٢/ ١٧٨، ١٧٩) وقال صـحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبى وهو كما قال.

(28) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (١٠/ ح ١٨٧٣٥).

١١٠٣- **مسألة:** قال: (**ثم أخوها لأبيها وأمِّها**).

لا خلاف بين أهل العلم فى تقدم الأخ بعد عمودى الـنَّسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فإنه ابن الأب وأقواهم تعصيبًا وأحقهم بالميراث.

١١٠٤- **مسألة:** قال: (**والأخ لأب مثْلُهُ**).

اختلفت الرواية عن أحمد فـى الأخ للأبوين والأخ للأب إذا اجتمعا فالمشـهور عنه أنهما سواء فى الولاية وبه قـال أبو ثور والشافعى فى القديم لأنهـما استويا فى الإيلاد بالجـهة التى تستـفاد منها العـصوبة وهى جهـة الأب فاستويـا فى الولاية كما لو كـانا من أب وإنما يرجَّح الأخ(٢٦) فى الميراث بـجهة الأم ولا مدخل لها فى الولاية فـلم يرجح بها كالعمـين أحدهما خال وابنى عَمٍّ أحدهما أخ من أم، **والرواية الثانية:** الأخ من الأبوين أولى واختارها أبو بكر وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى فى الجـديد وهو الصحيح إن شاء الله ولأنه حق يستفاد بالتعصيب فَـقُدِّمَ فيه الأخ من الأبوين كالميـراث وكاستحقاق الميـراث بالولاء، فإنه لا مدخل للنسـاء فيه، وقـد قُدِّمَ الأخ من الأبوين فـيه، وبهـذا يبطل ما ذكـرناه للرواية الأولى، وهكذا الخلاف فى بنى الإخوة والأعمام وبنيهم، فأما إذا كان ابنا عم لأب أحدهما أخ لأم فهما سواء لأنهما استويا فى التعصيب والإرث به، وقال القـاضى: فيهما من الخلاف مثل ما فى ابن عم

الله تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ (النور: ٣١) قيل لأبى عبد الله متى تغطى المرأة رأسها من الغلام قال: إذا بلغ عشر سنين.

11- **مسألة:** (**فإن كان ذا شهوة فهو كذى المحرم**).

لقوله تـعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ﴾ الآية وعنه أنه كالأجنـبى لأنه فى معنى البالغ فى الشهوة وهو الـمعنى المقتضى للحجاب وتحـريم النظر ولقوله تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ فأما الغلام الطفل غير الممـيز فلا يجب الاستتار منه فى شىء.

12- **مـسـألة:** (**وللمـرأة مع المرأة والرجل مع الرجـل النظر إلى ما عـدا ما بين السـرة والركبة وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبى**).

يجوز للرجل مع الرجل النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة وفيها روايتان: **إحداهما:** ما بين السرة والركـبة، **والأخـرى:** الفرجان وقد ذكرناهمـا فى باب ستر العورة، ولا فرق بين الأمرد وذى اللحيـة إلا أن الأمرد إذا كان جميـلاً يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يجـز تعمد النظر إليه، فقـد روى عن الشعبى قال: قدم وفـد عبد القيس على النبى ﷺ، وفيـهم غلام أمرد ظاهر الوضاءة فأجلسه النبى ﷺ وراء ظهره، رواه أبو حفص(29)، قال المروذى سمعت أبا

---

(٢٦) فى نسخة: الآخر.

(29) هذا حديث موضوع ذكره الألبانى فى الإرواء (٦/ ١٨٠٩).

من أبوين وابن عم من أب، لأنه يرجح بجهة أمه وليس كذلك، لأن جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث به منفردًا لم يرجح به، ولذلك لم يرجح به فى الميراث بالولاء ولا فى غيره، فعلى هذا إذا اجتمع ابن عَمٍّ من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين.

١١٠٥ - مسألة: قال: **(ثم أولادهم وإن سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا ثم عمومة الأب)**.

وجملته: أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فأولادهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو أبيها وهم الإخوة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جَدِّها وهم الأعمام ثم بنو جَدِّ الأب وهم أعمام الأب ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلى بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه، لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهى القرابة فأقربهم أشفقهم، ولا نعلم فى هذا خلافًا بين أهل العلم.

فصل: ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم والجد أب الأم ونحوهم، نص عليه أحمد فى مواضع وهو قول الشافعى وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة، **والثانية:** أن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلى لأنه من أهل ميراثها فوليها كعصباتها.

ولنا: ما روى عن علىٍّ أنه قال: «إذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى إذا أدركن» رواه أبو عبيد فى الغريب (٢٧) ولأنه ليس من عصباتها فأشبه الأجنبى.

١١٠٦ - مسألة: قال: **(ثُمَّ المولى المنعم ثم أقربُ عَصَبَتِهِ به)**.

لا خلاف نعلمه فى أن المرأة إذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاها يزوجها، ولا فى أنَّ العصبة المناسب أولى منه وذلك لأنه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فلذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه فى الإرث والعقل، فإن عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب

بكر الأعين يقول: قدم علينا إنسان من خراسان صديق لأبى عبد الله، ومعه غلام ابن أخت له، وكان جميلاً فمضى إلى أبى عبد الله فحدثه، فلما قمنا جاء إلى الرجل، وقال له: من هذا الغلام منك؟ قال: ابن أختى، قال: إذا جئتنى لا يكون معك، والذى أرى لك أن لا

---

(٢٧) ذكره صاحب الكنز (٣٠٥٣٣) وعزاه إلى أبى عبير فى غريب الحديث، **الحقاق:** المخاصمة، وهو أن يقول كل واحد من الخصمين أنا أحق به، **ونص الشيء:** أى غايته وقتها، ومعنى **بلغت نص الحقاق:** أى غاية البلوغ: وقيل: أراد بنص الحقاق بلوغ العقل والإدراك لأنه منتهى الأمر الذى تجب فيه الحقوق «النهاية» (١/ ٤١٤).

الميراث ثم مولى المولى ثم عـصباته من بعده كالميراث سواء، فـإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لأنه أحـق بالميراث وأقـوى فى التعـصيب وإنما قـدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم فى أبى المعتق فرجع به إلى الأصل.

١١٠٧- **مسألة:** قال: (ثم السلطان).

لا نعلم خـلافًا بين أهل العلم فى أن للـسلطان ولاية تزويج المرأة عند عـدم أوليائـها أو عضلهم، وبه يقول مـالك والشافعى وإسحاق وأبو عـبيد وأصحاب الرأى، والأصل فـيه قول النبى ﷺ: «فـالسلطان ولى من ولا ولى له»(٢٨) وروى أبو داود بإسناده عن أم حبـيبة «أن النجاشى زوجها رسول الله ﷺ، وكانت عنده(٢٩) ولأن للسلطان ولاية عامة بدليل أنه يلى المال ويحفظ الضَّوالَّ فكانت له ولاية فى النكاح كالأب.

فـصل: والسلطان ههنا هو الإمام أو الحاكم أو من فَـوَّضا إليه ذلك، واختلفت الرواية عن أحمد فى والى البلد فقال فى موضع: يزوج والى البلد، وقال فى الرُّستاق(٣٠): يكون فيه الوالى وليس فيه قـاض يزوج إذا احتاط لها فى المهـر والكفء أرجو أن لا يكون به بأس لأنه ذو سلطان فيدخل فى عـموم الحديث، وقال فى موضع آخـر فى المرأة: إذا لم يكن لها ولى فالسلطان المسلط على الشىء القاضى يقـضى فى الفروج والحدود والرجم، وصاحب الشرطة إنمـا هو مـسلط فى الأدب والجناية(٣١)، وقال: مـا للوالى ولاية إنما هو الـقاضى، وتأول

يمشى معك فى طـريق، فأما الغلام قبل السـبع فلا عورة له يحرم النظر إليـها، وقد روى عن ابن أبى ليلى، قال: كنـا جلوسًا عند النبى ﷺ، قال فـجاء الحسن، فـجعل يتمـرغ عليه، فرفع مقدم قميصه، أراه قال: فقبل استه، رواه أبو حفص(30).

فصل: وحكم المرأة مع المرأة والرجل مع الرجل سواء، ولا فرق بين المسلمتين بين، والمسلمة والكافـرة كما لا فرق بين الرجلين المسلميـن وبين المسلم والذمى فى النظر، وقال أحمد: ذهب بعض الناس إلى أنها لا تضع خمارها عند اليـهودية والنصرانية، وأما أنا فأذهب إلى أنها لا تنظر إلى الفـرج، ولا تَقْبلُها حـين تلد، وعن أحمد رواية أخرى: أن المـسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معهـا الحمام، وهو قول مكحول وسليمان بن أبى موسى لقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ (النور: ٣١) والأول أولى، لأن النساء من اليهوديات وغيرهن قد

---

(٢٨) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٨٣) والترمذى فى «جامعه» (٣/ ١١٠٢) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ١٨٧٩) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٥٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٠٦، ١٢٤، ١٣٨).

(٢٩) تقدم برقم (٥) فى المسألة رقم (٨٤٠).

(٣٠) الرستاق: السواد والقرى.

(٣١) فى نسخة: الجباية.

(30) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (١/ ١٣٧) من حديـث عبد الرحمن بن أبى ليلى، وقال البيهقى: هذا إسناد غير قوى، وليس فيه أنه مسه بيده ثم صلى ولم يتوضأ.

القاضى الرواية الأولى على أن الوالى أذن له فى التزويج، ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن فى موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض إليه النظر فيما يحتاج إليه فى ولايته وهذا منها.

فصل: وإذا استولى أهل البغى فى بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم فى ذلك مجرى الإمام وقاضيه، لأنه أجرى مجراه فى قبض الصدقات والجزية والخراج والأحكام فكذلك فى هذا.

فصل: واختلفت الرواية فى المرأة تُسْلِمُ على يد رجل فقال فى موضع: لا يكون وليّا لها لا يُزَوِّجُ حتى يأتى السلطان، لأنه ليس من عصباتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الأجنبى، وقال فى رواية أخرى فى امرأة أسلمت على يد رجل: يزوجها وهو قول إسحاق، وروى عن ابن مسعود: أنه لا يفعل ذلك حتى يأتى السلطان، وعن الحسن: أنه كان لا يرى بأسًا أن يزوجها نفسه ولما روى داود بإسناده عن تميم الدارى أنه قال: «يا رسول الله ما السنة فى الرجل يُسْلِمُ على يد الرجل من المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بمحياه ومماته»(٣٢) إلا

كن يدخلن على نساء النبى ﷺ فلم يكن يحجبن ولا أمرن بحجاب، وقد قالت عائشة: جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر، فسألت عائشة رسول الله ﷺ وذكر الحديث(31) وقالت أسماء: قدمت على أمى وهى راغبة يعنى عن الإسلام، فسألت رسول الله ﷺ أفأصلها؟ قال: «نعم»(32) ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمى، ولأن الحجاب إما أن يجب بنص أو قياس، ولم يوجد واحد منهما، وأما قوله: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ فيحتمل أن يكون أراد جملة النساء.

13- **مسألة: (ويباح للمرأة النظر من الرجل إلى غير العورة وعنه لا يباح).**

وهذه إحدى الروايتين، والأخرى لا يباح لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها، اختاره أبو بكر، وهو أحد قولى الشافعى لما روى الزهرى عن نبهان عن أم سلمة قالت: كنت قاعدة عند النبى ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم، فقال النبى ﷺ: «احتجبن منه» فقلت: يا رسول الله إنه ضرير لا يبصر، قال: «أفعمياوان أنتما لا تبصرانه؟» رواه أبو داود وغيره(33)، ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به،

---

(٣٢) تقدم برقم ٢٨ مسألة ١٠٦٥.

(31) أخرجه البخارى (٢/ ح١٠٤٩/ فتح) ومسلم (٢/ كتاب الكسوف/ باب ذكر عذاب القبر فى صلاة الخسوف/ ح٩٠٣).

(32) أخرجه البخارى فى «صحيحه» من «كتاب الهبة» «باب الهدية للمشركين» (٤/ ٢١٥) ومسلم من «كتاب الزكاة» (٢/ ٦٩٦).

(33) أخرجه أبو داود (٤/ ٤١١٢) من حديث أم سلمة، وإسناده ضعيف فيه نبهان، وهو مجهول.

أن هذا الحديث ضعفه أحمد، وقال: رواه عـبد العزيز، يعنى ابن عمر بن عبد العزيز، وليس هو من أهل الحفظ والإتقان.

فصل: فإن لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بإذنـها، فإنه قـال فى دهقان(٣٣) قرية: يزوج من لا ولى لها إذا احـتاط لها فى الكفء والمهر إذا لم يكن فى الرستاق قاض، قال ابن عـقيل: أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية: أن النكاح لا يقف على ولى قال: وقـال القاضى: منصوص أحمد يمنـع من ذلك، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عـدم الولى والسلطان، لأنه شرط أن لا يكون فى الرستاق قاض، ووجه ذلك أن اشتراط الولى هـهنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب فى حق من لا مناسب لها وروى أنه لا يجوز النكاح إلا بولى لعموم الأخبار فيه.

١١٠٨- **مسألة:** قال: **(ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرًا)**.

وجــملة ذلك: أنه يجوز التوكيل فى النكاح سواء كان الولى حـاضرًا أو غائبًا، مجبرًا أو غير مجبر، لأنه روى عن النبى ﷺ: أنه وَكَّلَ أبا رافع فى تزويجـه ميمونة وَوَكَّلَ عمرو بن أميـة فى تزويجه أم حـبيـبة(٣٤) ولأنه عقد مـعاوضة فجاز التـوكيل فيه كالبـيع، ولأصحاب الشافعى فى توكيل غير الأب والجد وجهان: **أحدهـما:** لا يجوز، لأنه يلى بالإذن فلم يجز التوكيل له كالوكيل.

ولنا: أنه يلى شرعًا فكان له التوكيـل كالأب، ولا يصح قولهم أنه يلى بالإذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها، وإنما إذنها شرط لصحة تصرفه، فأشبه ولاية الحاكم عليها، ولا خلاف فى أن للحاكم أن يستنيب فى التزويج من غير إذن المرأة ولأن المرأة ولا ولاية لها على نفسها فكيف لنائبها من قبلها؟.

فصل: ويجوز التوكيل مطلقًا ومُقَيَّدًا، فالمقيد التوكيل فى تزويج رجل بعينه، والمطلق التوكـيل فى تزويج من يرضاه أو من مَنْ يشـاء، قال أحمـد رحمه الله فى رواية عـبد الله فى

ولأنهن أحد نوعى الآدميين فـحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياسًا على الرجـال يحققه أن المعنى المحرم على الرجال خوف الفتنة، وهذا فى المرأة أبلغ، لأنها أشد شهوة، وأقل عقلاً فتسارع الفتنة إليها أكثر.

ولنا: قول النبى ﷺ لفاطمة بنت قيس: «اعتدى فى بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك»(34) وقال عائشة: كان رسول الله ﷺ يسترنى بردائه، وأنا أنظر إلى

---

(٣٣) **الدهقان:** زعيم فلاح العجم.

(٣٤) تقدم برقم (٩٥) مسألة رقم (٥٩٥) وأما حديث عمرو بن أمية تقدم برقم (٣) من كتاب الوكالة.

(**34**) أخرجه مـسلم فى «كتاب الطلاق» (٢/ ٣٦/ ١١١٤) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٨٤) والـترمذى (٣/ ١١٣٥).

الرجل يولى على أخته وابنته يقول: إذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فإنه روى أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر، وقال: إذا وجدت لها كفؤًا فزوجه إياها ولو بشراك نعله، فزوجها عمر من عثمان بن عفان ﷺ، فهى أم عمرو بن عثمان[٣٥] واشتهر ذلك ولم ينكر، ولأنه إذن فى النكاح فجاز مطلقًا كإذن المرأة، أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقًا، والله أعلم.

فصل: ولا يُعْتَبرُ فى صحة الوكالة إذن المرأة فى التوكيل سواء كان المُوَكِّلُ أبًا أو غيره، ولا يفتقر إلى حضور شاهدين، وقال بعض الشافعية: لا يجوز لغير المجبر التوكيل إلا بإذن المرأة وخَرَّجه القاضى على الروايتين فى توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وحُكى عن الحسن بن صالح أنه لا يصح إلا بحضرة شاهدين، لأنه يراد لحل الوطء فافتقر إلى الشهادة كالنكاح.

ولنا: أنه إذن من الولى فى التزويج فلم يفتقر إلى إذن المرأة وإلا إلى إشهاد كإذن الحاكم، وقد بينا أن الولى ليس بوكيل للمرأة، وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر إلى إشهاد بخلاف النكاح، ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتسرى.

فصل: ويثبت للوكيل مثل ما يثبت للموكل، وإن كان للولى الإجبار ثبت ذلك لوكيله، وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم فى السلطان والحاكم يأذن لغيره فى التزويج فيكون المأذون له قائمًا مقامه.

الحبشة يلعبون فى المسجد، متفق عليهما[35] ولما فرغ النبى ﷺ من خطبة العيد مضى إلى النساء فذكرهن، ومعه بلال فأمرهن بالصدقة[36]، ولأنهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرون إليهم فأما حديث نبهان، فقال أحمد: نبهان روى حديثين عجيبين هذا الحديث والآخر: «إذا كان لإحداكن مكاتب فلتحتجب منه»[37] كأنه أشار إلى ضعف حديثه إذ لم يرو إلا هذين الحديثين المخالفين للأصول، وقال ابن عبد البر: نبهان مجهول لا يعرف إلا برواية الزهرى عنه هذا الحديث، وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج رسول الله ﷺ، كذلك قال أحمد وأبو داود، قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله كان حديث نبهان لأزواج رسول الله ﷺ خاصة، وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال: نعم وإن قدر التعارض فتقديم الأحاديث الصحيحة أولى من الأخذ بحديث مفرد فى إسناده مقال.

---

(٣٥) قال شيخنا الألبانى: «لم أقف عليه» وانظر «الإرواء» (٦/ ١٨٥١).

(35) أخرجه البخارى (١/ ح٤٥٤/ فتح) ومسلم فى «كتاب صلاة العيدين» (٢/ ٦٠٩).

(36) أخرجه البخارى (٢/ ح٩٧٨/ فتح) من حديث جابر بن عبد الله.

(37) تقدم برقم (25).

فـصـل: واختلفت الرواية عن أحمـد رحمه الله هل تستفـاد الولاية فى النكاح بالوصية؟ فروى أنهـا تستفاد بهـا، وهو اختيـار الخرقى لقوله: أو وَصىٌّ ناظرًا له فى التـزويج وهو قول الحسن وحـماد بن أبى سليمـان ومالك، وعنه لا يستـفاد بالوصيـة وبه قال الثورى والشـعبى والنخعى والحـارث العكلى وأبو حنيفـة والشافعى وابن المنـذر، لأنها ولاية تنتقل إلى غـيره شرعًا فلم يجز أن يوصى بها كالحضانة، ولأنه لا ضرر على الوصى فى تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فـلم تثبت له الولاية كالأجنبى، ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصـية بها كولاية الحاكم، وقال أبو عبد الله بن حامد: إن كان لها عـصبة لم تجز الوصية بنكاحها، لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك.

ولنا: أنها ولاية ثابتة للأب فجازت وصيته بهـا كولاية المال، ولأنه يجوز أن يستنيب فيها فى حياته فيكون نائبـه قائمًا مقامه بعد مـوته فجاز أن يستنيب فيها كـولاية المال، وما ذكروه يبطل بولاية المال، فعلى هذا لا يصـير وصيًا فى النكاح بالوصية إليـه فى المال، لأنها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخـرى قياسًا على وصية المال لا تملك بالوصية فى النكاح.

14- مسألة: **(ويجوز النظر إلى الغلام لغير شهوة)**.

فأما النظر إليه لشهوة فلا يباح، لأنه تدعو إلى الفتنة، وقد ذكرنا ذلك.

15- مسألة: **(ولا يجوز النظر إلى أحد ممن ذكرنا لشهوة لما ذكرنا من خوف الفتنة)**.

ومعنى الشهوة أنه يتلذذ بالنظر إليه، والله أعلم.

16- مسألة: **(ولكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن الآخر ولمسه وكذلك السيد مع أمته)**.

لما روى بهـز بن حكيم قال: قلت: يا رسول الله عـوراتنا ما نأتى منها ومـا نذع؟ قال: «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك»(38) رواه الترمذى، وقال: حديث حسن، ولا فرق بين الفرج وغـيره لعموم الحديث، ولأن الفـرج يباح الاستمتاع به، فـجاز النظر إليه ولمسـه كبقـية البدن، وقـيل: يكره النظر إلى الفرج لقول عـائشة: ما رأيت فـرج رسول الله ﷺ قط، رواه ابن ماجه، وفى لفظ: قالت: ما رأيته من رسول الله ﷺ ولا رآه منى(39) قال أحمد فى رواية جعـفر بن محمد فى المرأة تقعد بين يدى زوجها وفى بيـتها مكشوفة فى ثياب رقاق: فلا بأس به، قلت: تخـرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس فى الدار إلا هى وزوجها مرخص فى ذلك.

---

(38) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٠١٧) والترمذى فى «سننه» (٥/ ح٢٧٦٩) وابن مـاجه فى «سننه» (١/ ح١٩٢٠) وإسناده صحيح، وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٣، ٤).

(39) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ٦٦٢) وإسناده ضعيف، لأن مولى عائشة راوى الحديث لم يسم.

فصل: فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى ولاية، سواءٌ كان مجبرًا كالأب أو غير مجبر كغيره ووصى كل ولى يقوم مقامه، فإن كان الولى له الإجبار فكذلك وصيه، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك، لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل، وقال مالك: إنْ عَيَّنَ الأب الزوج ملك الوصى إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة وإن لم يعين الزوج وكانت ابنته كبيرة صحت الوصية، واعتبر إذنها، وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجها بإذنها.

ولنا: أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زَوَّج وكيل[٣٦] الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها، لأن الوصى قائم مقام الموصى فلم يثبت فى تزويجه خيار كالوكيل.

١١٠٩- مسألة: قال: **(وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو كافرًا أو عبدًا زوجها الأبعد من عصبته).**

وجملة ذلك: أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمةٍ بحال فعند ذلك

فصل: وحكم السيد حكم الزوج فيما ذكرنا وسواء فى ذلك سريته وغيرها، لأنه يباح له الاستمتاع بجميع بدنها فأبيح له النظر إليه فأما إن زوج أمته حَرُمَ عليه الاستمتاع بها، والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة» رواه أبو داود[40] ومفهومه إباحة النظر إلى ما عداه، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا خلاف فيه، فإنها قد صارت مباحة للزوج، ولا تحل امرأة لرجلين، فإن وطئها أثم وعليه التعزير، لأنه فعل محرمًا، فإن أولدها، فقال أحمد: لا يلحقه نسبه، لأنها فراش لغيره فلم يلحقه ولدها كالأجنبية، قلت: وقد ذكر فى باب حكم أمهات الأولاد أنه يلحقه النسب، لأنه وطء سقط فيه الحد لشبهة الملك أشبه وطء الجارية المرهونة.

فصل: وأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فيحرم عليه النظر إلى جميعها فى ظاهر كلام أحمد، فإنه قال: لا يأكل مع مطلَّقته هو أجنبى لا يحل له أن ينظر إليها كيف يأكل معها ينظر إلى كفها؟ لا يحل له ذلك، وقال القاضى: يحرم عليه النظر إلى ما عدا الوجه والكفين، لأنه عورة، ويباح له النظر إليها مع الكراهة إذا أمن الفتنة ونظر بغير شهوة، وهذا مذهب الشافعى لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ قال ابن عباس: الوجه والكفان، وروت عائشة أن أسماء بنت أبى بكر دخلت على رسول الله ﷺ فى ثياب رقاق، فأعرض عنها، وقال: «يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم تصلح أن يرى منها إلا هذا

---

(٣٦) فى نسخة: وَصِيُّ.

(40) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤١١٤) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٢/ ٢٢٩) وإسناده حسن.

يكون وجودهم كالعدم فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا، وتعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط: العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره، فأما العقل فلا خلاف فى اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظرًا للمولى عليه عنده عجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلى نفسه فغيره أولى، وسواء فى هذا من لا عقل له لصغره كطفل، ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند(*).

قال القاضى: والشيخ الذى قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحَظِّ لها لا ولاية له، فأما الإغماء فلا يزيل الولاية، لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم، ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الأنبياء عليهم السلام، ومن كان يُجَنُّ فى الأحيان لم تزل ولايته، لأنه لا يستديم زوال عقله فهو كالإغماء.

الشرط الثانى: الحرية، فلا ولاية لعبد فى قول جماعة أهل العلم فإن العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى، وقال أصحاب الرأى: يجوز أن يزوجها العبد بإذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها، وقد مضى الكلام فى هذه المسألة.

الشرط الثالث: الإسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة، وهو قول عامة أهل العلم أيضًا، قال ابن المنذر(**): أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا، قال أحمد: بلغنا أن عليّا أجاز نكاح الأخ ورد نكاح الأب وكان نصرانيّا.

الشرط الرابع: الذكورية شرط للولاية فى قول الجميع، لأنه يعتبر فيها الكمال، والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى.

الشرط الخامس: البلوغ شرط فى ظاهر المذهب، قال أحمد: لا يزوج الغلام حتى

وهذا»[41] وأشار إلى وجهه وكفيه، رواه أبو بكر وغيره، ولأنه ليس بعورة فلم يحرم النظر إليه من غير ريبة كوجه الرجل.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِن وَرَاءِ حِجَابٍ﴾ (الأحزاب: ٥٣) وقول النبى ﷺ: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه»[42] وكان الفضل بن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه وتنظر إليه فصرف رسول الله ﷺ وجهه عنها[43]، وعن جرير بن عبد الله قال: سألت رسول الله ﷺ عن نظر

(*) أفند: ضعف رأيه من الكبر. (**) انظر الإجماع لابن المنذر (٧٦/ ٣٥١).

(41) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤١٠٤) وفيه مقال، وتفصيله سيأتى برقم (٢٠٩) مسألة رقم (١١٤٢).

(42) تقدم تخريجه فى المسألة رقم ١٠٤٠ ح ٣٤ مغنى.

(43) تقدم مستوفيًا برقم ٨٢ مغنى مسألة ٥٩١.

يحتلم ليس له أمر، وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم: الثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى: أنه إذا بلغ عشرًا زَوَّجَ وتَزَوَّجَ وطلَّق وأجيزت وكالته فى الطلاق، وهذا يحتمله كلام الخرقى لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلاً، ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته فى طلاقه فثبت له الولاية كالبالغ، والأول اختيار أبى بكر وهو الصحيح لأن الولاية يصير لها كمال الحال، لأنها تتقيد بالتصرف فى حق غيره اعتبرت نظرًا له، والصبى مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة.

الشرط السادس: العدالة، فى كونها شرطًا روايتان: إحداهما: هى شرط، قال أحمد: إذا كان القاضى مثل ابن الحلبى وابن الجعدى استقبل النكاح، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المولى له، وهذا قول الشافعى، وذلك لما روى عن ابن عباس ﵄ أنه قال: لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل(٣٧)، قال أحمد: أصح شىء فى هذا قول ابن عباس وقد روى عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل، وأيما امرأة أنكحها ولى مسخوط عليه فنكاحها باطل»(٣٨) وروى عن أبى بكر البرقانى بإسناده عن جابر

الفجأة فأمرنى أن أصرف بصرى، حديث صحيح(44)، وعن على ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تتبع النظرة النظرة فإنما لك الأولى، وليس لك الآخرة»(45) رواهما أبو داود، وفى إباحة النظر إلى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك، إذ لو كان مباحًا على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه الحال، وأما حديث أسماء إن صح فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فيحمل عليه.

فصل: فأما العجوز التى لا تشتهى فلا بأس بالنظر إلى ما يظهر منها غالبًا، لقول الله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللاَّتِي لا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ (النور: ٦٠) الآية قال ابن عباس فى قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ (النور: ٣٠) ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ﴾ (النور: ٣١) نسخ واستثنى من ذلك: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللاَّتِي لا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ الآية، وفى معنى ذلك الشوهاء التى لا تشتهى.

---

(٣٧) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ١٢٦) من حديث ابن عباس «بلفظ»: «لا نكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد» وقال ابن حجر فى التلخيص (٣/ ١٨٦): والمحفوظ الموقوف، وذكره ابن حجر فى الفتح (٩/ ٩٨) وقال: إسناده حسن.

(٣٨) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٢٤) وقال: كذا رواه عدى بن الفضل وهو ضعيف، والصحيح موقوف، والله أعلم، والدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٢١، ٢٢٢) وقال: رفعه عدى بن الفضل ولم يرفعه غيره. اهـ. وقال الذهبى فى الميزان : عدى بن الفضل، قال ابن معين وأبو حاتم: متروك الحديث، وقال يحيى: لا يكتب حديثه، وقال غير واحد: ضعيف.

(44) أخرجه مسلم من «كتاب الآداب» (٣/ ٤٥/ ١٦٩٩).

(45) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٤٩) وهو حديث حسن.

قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل»[٣٩] ولأنها ولاية نظرية فلا يستبدئها الفاسق كولاية المال، والرواية الأخرى: ليست بشرط.

نقل مُثَنَّى بن جامع أنه سأل أحمد: إذا تزوج بولى فاسق وشهود عدول؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء، وهذا ظاهر كلام الخرقى لأنه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى، لأنه يلى نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدول، ولأن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر، وهذا قريب ناظر فيلى كالعدل.

فصل: ولا يشترط أن يكون بصيراً، لأن شعيبًا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى، ولأن المقصود فى النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر إلى النظر ولا يشترط كونه ناطقًا بل يجوز أن يلى الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه فى سائر العقود والأحكام فكذلك فى النكاح.

فصل: ومن لم تثبت له لولاية لم يصح توكيله، لأن وكيله نائبٌ عنه وقائمٌ مقامه، وإن وَكَّلَه الولى فى تزويج مولِّيته لم يجز، لأنها ولاية وليس هو من أهلها، ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبى المميز فى العقد لأنهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه صحيحة، ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم، وإنما سُلِبُوا الولاية نفسها، لأنه يُعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه فى اللفظ به، فأما إن وَكَّله الزوج فى قبول النكاح له أو وَكَّله الأب فى قبول النكاح لابنه الصغير فقال أصحابنا: لا يصح، لأنه أحد طرفى العقد فلم يجز توكيله فيه كالإيجاب، ويحتمل جواز توكيل مَنْ ذكرنا فيه، لأنهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى فى العدة.

١١١٠- **مسألة:** قال: (**ويزوج أَمَةَ المرأة بإذنها من يُزوِّجُها**).

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يُزوِّج أمة المرأة فروى عنه أنه يلى نكاحها والى سيادتها[٤٠]، قال القاضى: هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعى لأن مقتضى الدليل كون

فصل: والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر غالبًا كالوجه والرأس واليدين والساقين، لأن عمر رضي الله عنه رأى أمة متكممة فضربها بالدرة، وقال: يا لكاع تتشبهين بالحرائر، وروى أبو حفص بإسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقنع فى خلافته، وقال: إنما القناع للحرائر، ولو كان نظر ذلك منها محرمًا لم يمنع من ستره بل أمر به، وقد روى أنس أن النبى ﷺ لما أخذ

---

(٣٩) ذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٨٦) من حديث جابر وليس فيه مرشد، وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط من طريق محمد بن عبد الملك عن أبى الزبير، فإن كان الواسطى الكبير فهو ثقة وإلا فلم أعرفه، وبقية رجاله ثقات.

(٤٠) فى نسخة: ولىُّ سيدتها.

الولاية لها فامتنعت فى حقها لقصورها فتثبت لأوليائها كولاية نفسها، ولأنهم يلونها لو عتقت ففى حال رِقِّها أولى، ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها إلا بإذنها، لأنها مالها ولا يجوز التصرف فى مال رشيد بغير إذنه، ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكرًا، لأن صماتها إنما اكتفى به فى تزويج نفسها لحيائها ولا تستحيى من تزويج أمتها، وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها إن كان الحظ فى تزويجها وإلا فلا يملك تزويجها، وكذلك الحكم فى أمة ابنه الصغير، وقال بعض الشافعية: ليس له تزويجها بحال، لأن فيه تغريرًا بمال الصغير لأنها ربما حملت فتلفت.

ولنا: أن له التصرف بما فيه الحظ والتزويج ههنا فيه الحظ، لأن الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائزة، واحتمال الحظ الخطر مرجوح بما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد فى حقها وبعض قيمتها والمرجوح كالمعدوم، وإن كان وليها فى مالها غير ولى فى تزويجها فولاية تزويجها للولى فى المال دون ولى التزويج، لأنه هو المتصرف فى المال وهى مال، **الرواية الثانية**: أن للمرأة أن تولى أمر أمتها رجلاً يُزوِّجها، نقلها عن أحمد جماعة لأن سبب الولاية الملك وقد تحقق فى المرأة وامتنعت المناشزة(٤١) لنقص الأنوثة فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تُزَوِّجُها، فإنه قيل له: تُزَوِّجُ أمتها؟ قال: قد قيل ذلك هى مالها، وهذا يحتمل أنه ذهب إليه وهو قول أبى حنيفة لأنها مالكة لها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد، ولأنها تملك بيعها وإجارتها فملكت تزويجها كسيدها، ولأن الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لحظ الأولياء فى تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية فى أمتها، لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للأولياء فيها، ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره، فإنه قد قال فى سياقها: أحب إلىَّ أن تأمر زوجها، لأن النساء لا يعقدن

صفية قال الناس: أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد؟ فقالوا: إن حجبها فهى أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهى أم ولد، فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه(46)

وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضًا بينهم مشهورًا، وأن الحجب لغيرهن كان معلومًا، وقال أصحاب الشافعى: يباح النظر منها إلى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى بعض أصحاب الشافعى بين الحرة والأمة، لقول الله تعالى: ﴿**وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا**﴾ (النور: ٣١) الآية، ولأن العلة فى تحريم النظر الخوف من الفتنة، والفتنة المخوفة يستوى فيها الحرة والأمة، فإن الحرية لا تؤثر فى الأمر الطبيعى وقد ذكرنا ما يدل

---

(٤١) المناشزة: مفاعلة من النشوز وهو الامتناع والعصيان.

(46) أخرجه البخارى فى «كتاب المغازى» (٧/ ٤٢٠١، ٤٢١٣/ فتح) ومسلم فى «كتاب النكاح» (٢/ ١٠٤٤/ ٨٤ - ٨٦).

وقد ذكرنا فى خبر أبـى هريرة عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تُنْكَحُ المرأةُ المرأةَ»(٤٢) وقـالت عائشة ﵂: زَوِّجوا فإن النساء لا يُزَوِّجن، واعقدوا فإن النساء لا يعقدن(٤٣) ولأن المـرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى.

١١١١- **مسألة:** قال: (ويُزَوِّجُ مولاتها من يُزَوِّجُ أمتها).

يعنى: عتيقتها وهذه فيها روايتان: **إحداهما:** أنَّ لمولاتها التوكيل فى تزويجها رجلاً لأنها عصبتها وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق، **والثانية:** وَلِيُّ سيدتها وليها وهى الأصح لأن هذه ولاية لنكاح حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبتها، لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون، وقد ذكرنا أنه إذا انقرض العصبة من النسب وَلِىَ المولى المعتق ثم عصابته من بعده الأقرب فالأقرب كذا هٰهنا إلا أن ظاهر كلام الخرقى هٰهنا تقديم أبى المعتقة على ابنها لأنه الذى يزوجها وذكرنا ثَمَّ خلاف هذا، ويعتبر فى ولايته شرطان: **أحدهما:** عدم العصبة من النسب، لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه، **والثانى:** إذن الزوجة، لأنها حرة وليست له ولاية إجبار فإنه أبعد العصبات ولا يفتقر إلى إذن مولاتها، لأنها لا ولاية لها ولا ملك، فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد(٤٤).

فصل: وإذا كان للأمة مولى فهو وليها وإن كان لها موليان فالولاية لهما وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه، لأنه لا يملك إلا نصفها وإن اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما، لأن تزويجها تصرف فى المال بخلاف الحرة فإن نكاحها حق لها ونفعه عائد إليها ونكاح الأمة حق لسيدها ونفعه عائد إليه فلم يثبت للسلطان ولاية عنه فيه، فإن أعتقها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما، وإن لم يكن لها عصبة فهما ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لأن ولايته على نصفها فإن اشتجرا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام الممتنع

على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وإن لم يفترقا فيما ذكروه افتراقًا فى الحرمة ومشقة السير، لكن إن كانت المرأة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر إليها كما يحرم إلى الغلام الذى لم تخش الفتنة بالنظر إليه، قال أحمد فى الأمة إذا كانت جميلة: تنقب ولا ينظر إلى المملوكة كم من نظرة ألقت فى قلب صاحبها البلابل.

---

(٤٢) تقدم برقم ٢٢.

(٤٣) لم أجده بهذا اللفظ وإنما أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١١٢) من حديث عائشة أنها قالت لبعض أهلها: «زوج فإن المرأة لا تلى عقد النكاح».

(٤٤) فى هامش نسخة «هـ» قال: فى حاشية «أ» ذكر الشيخ محيى الدين فى «البلغة» أن الصحيح فى المعتقة أنها تستأذن أيضًا خلافًا لما نقله الشيخ هنا، أعنى فى إذن المعتق بكسر القاف ولعل الصواب بكسر التاء. اهـ.

منهما لأنهما صارت حرة وصار نكاحها حقًا لها وإن كان المعتق أو المعتقة واحدًا وله عصبات(٤٥) فى درجة واحدة كالابنين أو الأخوين فلأحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها.

١١١٢- **مسألة:** قال: (**من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها**).

وجملته: أن ولى المرأة التى يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك، وهل له أن يتولى طرفى العقد بنفسه؟ فيه روايتان:

فصل: والطفلة التى لا تصلح للنكاح لا بأس بالنظر إليها، قال أحمد فى رواية الأثرم فى الرجل يأخذ الصغيرة فيضعها فى حجره ويقبلها: فإن كان يجد شهوة فلا وإن كان لغير شهوة فلا بأس، وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدينى أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال: ابنة أبى عبد الله فتحركت الأجراس من رجلها فأخذها عمر فقطَعَها وقال: قال رسول الله ﷺ: «مع كل جرس شيطان»(47) فأما إذا بلغت حدًا يصلح للنكاح فإن عورتها مخالفة لعورة البالغة بدليل قوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»(48) يدل على صحة صلاة من لم تحض مكشوفة فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا فى الغلامِ المراهق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة: دخلت علىَّ ابنة أخى فدخل علىَّ النبى ﷺ فأعرض فقلت: يا رسول الله إنها ابنة أخى وجارية فقال: «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها وما دون هذا» وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضتيه وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها(49) احتج أحمد بهذا الحديث، وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك فى حق غيرها.

17- **مسألة:** (**ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة ولا التعريض بخطبة الرجعية**).

أما التصريح بخطبة المعتدة فلا يجوز، لأن قول الله تعالى: ﴿**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ**﴾ (البقرة: ٢٣٥) دليل على تحريم التصريح، لأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه.

---

(٤٥) فى نسخة: عصبتان.

(47) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٢٣٠) وإسناده ضعيف، قال المنذرى: مولاة لهم مجهولة، وعامر بن عبد الله ابن الزبير لم يدرك عمر.

(48) أخرجه أبو داود فى «سننه» (١/ ٦٤١) والترمذى (٢/ ٣٧٧) وإسناده صحيح.

(49) ذكره ابن جرير الطبرى فى «تفسيره» (١٨/ ٩٣).

إحداهما: له ذلك، وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثورى وأبى حنيفة وإسحاق وأبى ثور وابن المنذر، لما روى البخارى قال: قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة قارظ: «أتجعلين أمرك إلىّ؟ قالت: نعم، قال: قد تزوجتك[٤٦]، ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولى ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين، وقد روى عن النبى ﷺ: أنه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها[٤٧]، فإن قيل: قد روى أن النبى ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: زوج وولى وشاهدان»[٤٨] قلنا: هذا لا نعلم صحته، وإن صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضًا، وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول أم يكتفى بمجرد الإيجاب؟ فيه وجهان: أحدهما: يحتاج أن يقول: «زَوَّجْتُ نفسى فلانة وقبلت هذا النكاح، لأن ما يفتقر إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود، والثانى: يكفيه أن يقول: زوجت نفسى فلانة أو تزوجت فلانة، وهو قول مالك وأبى حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأن إيجابه يتضمن القبول فأشبه إذا تقدم الاستدعاء، ولهذا قلنا: إذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينعقد النكاح بمجرد هذا القول.

18- مسألة: (فأما الرجعية فلا يجوز لأحد التعريض لخطبتها ولا التصريح، لأنها فى حكم الزوجات فهى كالتى فى صلب نكاحه).

19- مسألة: (ويجوز فى عدة الوفاة وفى البائن بطلاق ثلاث).

المعتدات على ثلاثة أضرب وحكمها حكم من هى فى صلب النكاح وقد ذكرناها، الثانى: المعتدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا يحل بعده لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها للآية ولما روت فاطمة بنت قيس أن النبى ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثًا: «إذا حللت فآذنينى» وفى لفظ «لا تسبقين بنفسك»[50] وهذا تعريض لخطبتها فى عدتها.

20- مسألة: (وهل يجوز فى عدة البائن بغير الثلاث؟ على وجهين).

هذا الضرب الثالث كالمختلفة والبائن بفسخ لعيب أو إعسار أو نحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض، لأنه مباح له نكاحها فى عدتها فهو كغير المعتدة، وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان: وللشافعى فيه قولان: أحدهما: يجوز، لعموم الآية، ولأنها

---

(٤٦) أخرجه البخارى معلقًا من كتاب النكاح باب إذا كان الولى هو الخاطب (٩/ ٩٤) وقال ابن حجر فى الفتح: وصله ابن سعد فى الطبقات من طريق ابن أبى ذئب عن سعد بن خالد وقارظ بن شيبة وإسناده صحيح.

(٤٧) تقدم برقم ١٦.

(٤٨) تقدم برقم ١٧.

(50) أخرجه مسلم فى «صحيحه» (٢/ ١١١٤/ ٣٦)

والرواية الثانية: لا يجوز أن يتولى طرفى العقد ولكن يوكل رجلاً يزوجه إياها بإذنها، قال أحمد رحمه الله فى رواية ابن منصور: لا يزوج نفسه حتى يولى رجلاً، على حديث المغيرة ابن شعبة وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبة أمر رجلاً زوَّجه امرأة المغيرة أولى بها منه(٤٩)، ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير، وعلى هذه الرواية إن وكل من يقبل له العقد وتولى هو الإيجاب جاز.

وقال الشافعى فى ابن العم والمولى: لا يزوجها إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه، لأن وكيله بمنزلته، وهذا عقد ملكه بالإذن فلا يتولى طرفيه كالبيع، ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده.

ولنا: ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلى العقد عليها لغيره فصح أن يليه عليها له إذا كانت تحل له كالإمام إذا أراد أن يتزوج موليته، ولأن هذه امرأة ولها ولى حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره، ومفهوم قوله ﷺ: «السلطان ولى من لا ولى له»(٥٠) أنه لا ولاية له على هذه.

فصل: وإذا أذنت له فى تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه، لأن إطلاق

بائن أشبهت المطلقة ثلاثًا، والثانى: لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستبيحها فهى كالرجعية والمرأة فى الجواب كالرجل فى الخطبة مما يحل ويحرم، لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان فى حله وحرمته.

21- **مسألة:** (والتعريض قوله إنى فى مثلك لراغب ولا تفوتينى بنفسك وما أحوجنى إلى مثلك).

وقال الزهرى: أنت مرغوب فيك وأنت جميلة وإذا حللت فآذنينى، ونحو ذلك قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تشيع الجنازة فقال لها رجل: لا تسبقينا بنفسك فقالت: سبقك غيرك.

22- **مسألة:** (وتجيبه المرأة ما يرغب عنك وإن قضى شىء كان وما أشبهه).

فصل: فأما التصريح فهو اللفظ الذى لا يحتمل غير النكاح، نحو قوله: زوجينى نفسك فإذا انقضت عدتك تزوجتك، ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى: ﴿لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ (البقرة: ٢٣٥) فإن النكاح يسمى سرًا.

قال الشاعر:

فَلَمْ تَطْلُبُوا سِرَّهَا لِلْغِنَى لن تُسْلِمُوهَا لازدهادها

---

(٤٩) أخرجه البخارى معلقًا فى «كتاب النكاح» باب إذا كان الولى هو الخاطب (٩/ ٩٤).

(٥٠) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٥٥٨ ح ٣٠).

الإذن يقتضى تزويـجها غيره ويجـوز تزويجها لولده لأنه غيـره، فإن زوجها لابنه الكبـير قبل لنفسـه، وإن زوجها لابنه الصغـير ففيـه الروايتان فى تولى طرفى العقد، فـإن قلنا: لا يتولاه فَوَكَّلَ رجـلاً يزوِّجها لولده وقَـبِلَ هو النكاح له افتقـر إلى إذنها للوكيل على مـا قدمنا من أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنها، وإن وكـل رجلاً يقبل لولده النكاح وأوجب هو النكاح لم يحتج إلى إذنها، لأنها قد أذنت له.

فصل: وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفى العقد، لأنه مالك ذلك بحكم الملك لا بحكم الإذن فى قـولهم جميـعًا، وإن كـان مالكًا لأحد طرفى العـقد فـوكله مالك الطرف الآخر فـيه أو وكَّله الولى فى الإيجاب والزوج فى القبـول خرج فيه وجـهان بناءً على الروايتين، لأنـه ملك ذلك بالإذن وإن زوج بنته الكبـيرة(٥١) عبـده الكبيـر لم يجز ذلك إلا برضاها، لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيـضًا وجهان، وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها، وعنه يجوز وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

١١١٣- مـسـألة: قـال: **(ولا يُزَوِّجُ كافرٌ مـسلمةً بحالٍ ولا مُسلمٌ كـافرةً إلا أن يكون المسلم سلطانًا أو سيِّد أمة).**

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحـال بإجماع أهل العلم منهم: مالك والشافعى وأبو

وقال الشافعى: السِّرُّ: الجماع، وأنشد لامرئ القيس:

ألا زَعَـمَتْ بَسْبَـاسَـةُ القَـوْمِ أنَّنِى ... كَبِـرتُ وأن لا يُحْسِنَ السِّرَّ أمْـثالِى

ومواعدة السر أن يقول عندى جماع يرضيك فنهى عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف.

فصل: فإن صرح بالخطبة أو عرض فى موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحـه، وقال مالك: يطلقها تطليقة ثم يـتزوجها ولا يصح هذا، لأن هذا المحرم ولم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما فى النكاح الثانى أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها.

23- مـسـألة: (ولا يجوز للرجل أن يخطب على خطبة أخيه إن أجيب وإن رد حل وإن لم يعلم الحال فعلى وجهين).

الخطبة بالكسر خطبة الرجل لـلمرأة ليتزوجها وبالضم حمد الله والتـشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقـسام: **أحـــدها:** أن تسكن إلى الخاطب لها فتجـيبه أو تأذن لوليها فى إجابتـه، فهذه يحرم على غـيره خطبتهـا، لما روى ابن عمـر أن النبى ﷺ قال: لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» وعن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»(51) متفق عليهما، ولأن فى ذلك إفسادًا على الخاطب الأول وإيقاع

---

(٥١) فى نسخة: الصغيرة.

(51) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ح٥١٤٢/ فتح) ومسلم فى كتاب النكاح (٢/ ١٠٣٢، ١٠٣٤).

عبيد وأصحاب الرأى وقال ابن المنذر(٥٢): أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، وقال أبو الخطاب فى الذمى إذا أسلمت أم ولده هل يلى نكاحها؟ على وجهين: **أحدهما**: يليه لأنها مملوكته فيلى نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها، **والثانى**: لا يليه لقوله الله تعالى: ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾ (التوبة: ٧١) ولأنها مسلمة فلا يلى نكاحها كابنته، فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع، وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة فى غير السيِّد والسلطان وولىِّ سيد الأمة الكافرة وذلك لقول الله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾ (الأنفال: ٧٣) ولأن مختلفى الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقًا، وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك وَلِىَّ سيد الأمة الكافرة يلى تزويجها لكافر لأنها ولاية بالمال(٥٣) فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلمًا كسائر الولايات، ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا وَلِىَّ لها غير سيدها، فأمَّا السلطان فله الولاية على من لا ولىَّ لها من أهل الذمة، ولأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة، وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه فى المسلمين، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة فى المسلمين، ويخرج فى اعتبار عدالته فى دينه وجهان بناء على الروايتين فى اعتبارها فى المسلمين.

العداوة بين الناس، ولا نعلم فى هذا خلافًا بين أهل العلم إلا أن قومًا حملوا النهى على الكراهة، والأول أولى، **القسم الثانى**: أن ترده لا تركن إليه فتجوز خطبتها، لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبى ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال النبى ﷺ «أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، انكحى أسامة بن زيد»(52) متفق عليه فخطبها النبى ﷺ بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبى جهم لها، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرار بها فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة إلا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها فى عدتها بالخطبة فقال: لا تفوتينى بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لأن فى قصة فاطمة أن النبى ﷺ قال: «لا تفوتينا بنفسك» ولم يذكر خطبة أبى جهم ومعاوية لها، وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعيد عن أبى رئاب أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهى جالسة فى بيتها فقال عمر: إن جرير بن عبد الله خطب وهو سيد أهل المشرق ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الستر فقالت أجاد أمير المؤمنين؟ فقال: نعم،

---

(٥٢) انظر الإجماع لابن المنذر (٧٦). (٥٣) فى نسخة: بالملك.

(52) أخرجه مسلم فى كتاب الطلاق (٢/ ١١١٤ ٣٦).

فـصل: إذا تزوج المسلم ذمية فوليـها الكافر يزوجها إياه ، ذكره أبو الخطاب، وهو قول أبي حنيفة والشافـعي ﷺ لأنه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجـها كافرًا، ولأن هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجز أن يليـها غيره كما لو تزوجها ذمي، وقـال القاضي: لا يزوجها إلا الحاكم لأن أحمد قال: لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة، ووجهه أن عقـد يفتـقر إلى شـهادة مـسلمين فـلم يصح بولاية كافـر كنكاح المسلمـين، والأول أصح، والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية.

١١١٤- **مـسألة:** قال: **(وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد)**.

هذه المسألة تشـتمل على أحكام ثلاثة: **أحـدها:** أنه إذا زوجها الولي الأبعـد مع حضور الولي الأقرب فأجـابته إلى تزويجها من غيـر إذنه لم يصح، وبهذا قال الشافـعي وقال مالك: يصح، لأن هذا ولي له أن يزوجها بإذنها كالأقرب.

ولنا: أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد.

فقالت: قد أنكحت أمير المؤمنين فأنكحوه، فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم مـا تقول المـرأة في الأول، **القسم الـثـالث:** أن يوجـد من المرأة مـا يدل على الرضى والسكون تعريضًا لا تصريحًا كقولها: ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم الأول لا تحل لغيره خطبتها، هذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام أحمد فإنه قال: إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركـون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتـصريح أخرى، قال القاضي: ظاهر كلام أحـمد إباحة خطبتهـا وهو مذهب الشافعي في الجديد، لحـديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما، واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما يدل على الرضى أو لا.

ولنا: عمـوم قوله ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبـة أخيه» ولأنه وجد منهـا ما دل على الرضى فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك، وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين: **أحدهما:** أن النبي ﷺ قد كان قال لها: «لا تسبقيني بنفسـك» وفي رواية: «إذا حللت فآذنيني» فلم تكن لتصاب بالإجابة قبل إذنه، **الثـاني:** أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمستشيرة له فيهما أو في العدول عنهما، وليس في الاستشـارة دليل على أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنهـا إنما ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشـار عليها بتركهما لما ذكر من عيـبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما وتصـريحها بمنعهما، ومن وجه آخر وهو أن النبي ﷺ قد سـبقهما بخطبتها تعريضًا بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته لها مبنية على الخطبة السابقة بخلاف ما نحن

الحكم الثاني: أن هذا العقد بيع فاسد لا يقف على الإجازة، ولا يصير بالإجازة صحيحًا، وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبى أو زوجت المراة المعتبر إذنها بغير إذنها، أو تزوج العبد بغير إذن سيده، فالنكاح فى هذا كله باطل فى أصح الروايتين، نص عليه أحمد فى مواضع، وهو قول الشافعى وأبى عبيد وأبى ثور، وعن أحمد رواية أخرى: أنه يقف على الإجازة، فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه فسد، قال أحمد فى صغير زوجه عمه: فإن رضى به فى وقت من الأوقات جاز وإن لم يرض فسخ، وإذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت، وقال: إذا زوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد، فإن أذن فى التزويج فالطلاق بيد العبد، وهذا قول أصحاب الرأى فى كل مسألة يعتبر فيها الإذن، وروى ذلك فى النكاح بغير ولى عن على بن أبى طالب وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وإسحاق وأبى يوسف ومحمد لما روى أن جارية بكرًا أتت النبى ﷺ فذكرت له أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى ﷺ، رواه أبو داود وابن ماجه(٥٤).

وروى أن «فتاة أتت النبى ﷺ فقالت: إن أبى زوجنى من ابن أخيه ليرفع بى خسيسته قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبى ولكنى أردت أن أعلم أن للنساء من

فيه، فإن لم يعلم الحال فعلى وجهين: **أحدهما**: لا يجوز لعموم النهى، **والثانى**: يجوز لأن الأصل عدم الإجابة المحرمة.

24- مسألة: (والتعويل فى الإجابة والرد عليها إن لم تكن مجبرة وإن كانت مجبرة فعلى الولى).

أما إذا لم تكن مجبرة فلأنها أحق بنفسها من وليها، فإن أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها فإن أجاب وليها فرضيت فهو كإجابتها، وإن سخطت فلا حكم لإجابته، لأن الحق لها، ولو أجاب الولى فى حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها لكون اختيارها مقدمًا على اختياره وإن كرهته ولم تختر سواه فينبغى أن يسقط حكم الإجابة أيضًا لأنه قد أمر باستئمارها فلا ينبغى له أن يكرهها على من لا ترضاه، وإن أجابت ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة، لأن لها الرجوع، وكذلك إذا رجع الولى المجبر عن الإجابة زال حكمها، لأن له النظر فى أمر موليته ما لم يقع العقد، وإن لم ترجع هى ولا وليها لكن ترك الخاطب الخطبة وأذن فيها جازت خطبتها، لما روى فى حديث ابن عمر عن النبى ﷺ أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، رواه البخارى.

فصل: وخطبة الرجل على خطبة غيره فى موضع النهى محرمة، قال أحمد: لا يحل

---

(٥٤) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٩٦) وابن ماجه (١/ ح١٨٧٥) وإسناده صحيح.

الأمر شيئًا، رواه ابن ماجه والنسائى[٥٥]، وفى رواية ابن ماجه أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شىء[٥٦] ولأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية.

ولنا: قول النبى ﷺ: «أيمـا امرأة نكحت نفسـها بغيـر إذن وليها فنكاحـها باطل»[٥٧] وقال: «إذا نكح العبد بغيـر إذن سيده فنكاحه باطل»[٥٨] رواه أبو داود وابن مـاجه، إلا أن أبا داود قال: إنه مـوقوف على ابن عـمر، ولأنه عـقد لا تثبت فـيه أحكامـه من الطلاق والخلع واللعان والتـوارث وغيرها فلم ينعـقد كنكاح المعـتدة، فأمـا حديث المرأة التى خـيرها النبى ﷺ فهو مرسل عن عكرمة، رواه الناس كـذلك، ولم يذكروا ابن عباس، قاله أبو داود، ثم يحتـمل أن هذه المرأة هى التى قـالت: زوجنى من ابن أخيه ليـرفع بى خسيـسته فـتخيـيرها لتزويجها من غـير كفئها، وهذا يثبت الخـيار ولا يبطل النكاح، والوصية يتراخى فيـها القبول وتجوز بعد الموت فهو معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها.

فأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر فى العقـد، لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقـبول ولا تعتبـر فى الإجازة لأنها ليست بعـقد، ولأنها إذا وجدت اسـتند الملك إلى حالة العقـد، حتى لو كـان فى العقـد نماء ملك من حـين العقـد لا من حين الإجـازة، وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر لأنه مات قبل تمام العقد وصحته، وفيه وجه آخر: إن كان

لأحد أن يخطب فى هذه الحـال، وقال أبو حفص العكبـرى: هى مكروهة غير محـرمة وهذا نهى تأديب.

ولنا: ظاهر النهى فإن مـقتضاه التـحريم ولأنه نهى عن الإضرار بالآدمى المعـصوم فكان على التحريم كـالنهى عن أكل ماله فإن فعل فنكاحه صـحيح نص عليه أحمد فـقال: لا نفرق بينهما وهذا مذهب الشافعى وروى عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبى بكر، لأنه قال فى البيع على بيع أخيه هو باطل، وهذا فى معناه، لأنه نكاح منهى عنه فكان باطلاً كنكاح الشغار.

ولنا: أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر كما لو صرح بالخطبة فى العدة.

فصل: ولا يكره للولى الرجوع إذا رأى المصلحة لها فى ذلك، لأن الحق لها وهو نائب عنها فى النظر لهـا فلم يكره له الرجوع إذا رأى المصلحة كمـا لو ساوم فى بيع دارها ثم رأى المصلحـة فى تركها، ولا يكره لهـا أيضًا الرجوع إذا كرهـت الخاطب، لأنه عقد عـمر يدوم

---

(٥٥) أخرجه النسائى (٦/ ح٣٢٦٩) وإسناده ضعيف.

(٥٦) أخرجه ابن ماجه (١/ ١٨٧٤) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ١٣٦) وهو ضعيف شاذ قاله: الألبانى.

(٥٧) تقدم برقم ١٢ مسألة رقم ١٠٩٩.

(٥٨) أخرجه أبو داود (٢/ ٧٩ ٢٠٧٩) وقال أبو داود: هذا الحديث ضعـيف وهو موقوف، وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما، وأخرجه ابن ماجه (١/ ح١٩٥٩) من حديث جابر بلفظ: «أيما عـبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر» وإسناده حسن.

مما لو رفع إلى الحاكم أجازه ورثه الآخر، لأنه عقد يلزمه إجازته فهو كالصحيح، وإن كان مما يفسخه لم يرثه.

فصل: ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها، أو الأمة بغير إذن سيدها، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التى فيها الروايتان، والصحيح عندى أنه لا يدخل فيها لتصريح النبى ﷺ فيه بالبطلان، ولأن الإجازة إنما تكون لعقد صدر من أهله فى محله «فأما ما لم يصدر من الأهل، كالذى عقده المجنون أو الطفل، فلا يقف على الإجازة، وهذا عقد لم يصدر من أهله»(٥٩) فإن المرأة ليست أهلاً له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها، وإذا لم يصح مع الإذن المقارن، فلأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا، فأما على القول الآخر فمتى تزوجت المرأة بغير إذن الولى فرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته والأمر فيه إلى الولى فمتى رده بطل، لأن من وقف الحكم على إجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير إذنها.

وفيه وجه آخر: أنه إذا كان الزوج كفؤًا أمر الحاكم الولى بإجازته فإن لم يفعل أجازه الحاكم: لأنه لما امتنع من الإجازة صار عاضلاً فانتقلت الولاية عنه إلى الحاكم كما فى ابتداء العقد، ومتى حصلت الإصابة قبل الإجازة ثم أجيز فالمهر واحد، إما المسمى وإما مهر المثل

الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر فى خطبتها وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم، لأن الحق بعد لم يلزمها كمن ساوم بسلعته ثم بدا له أن لا يبيعها.

فصل: فإن كان الخاطب الأول ذميًا لم تحرم الخطبة على خطبته، نص عليه أحمد فقال: لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين، ولو خطب على خطبة يهودى أو نصرانى أو ساوم على سومهم لم يكن داخلاً فى ذلك، لأنهم ليسوا بإخوة للمسلمين، وقال ابن عبد البر: لا يجوز أيضًا، لأن هذا أخرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به.

ولنا: أن لفظ النهى خاص فى المسلمين وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله، وليس الذمى كالمسلم ولا حرمته كحرمته، ولذلك لم تجب إجابتهم فى دعوة الوليمة ونحوها، وقوله: خرج مخرج الغالب، قلنا: متى كان فى المخصوص معنى يصلح أن يعتبر فى الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه والأخوة الإسلامية لها تأثير فى وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط فى رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستيفاء مودته فلا يجوز حذف ذلك.

25- مسألة: (ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة).

لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم ضمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن

---

(٥٩) أثبتناه من نسخة (هـ).

إن لم يكن مسمى، لأن الإجازة مستندة إلى حالة العقد فيثبت الحل والملك فى حين العقد كما ذكرنا فى البيع، ولذلك لم يجب الحد، ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح، لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ولأنها أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه،وإن خرجت إلى من لا تحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضًا لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يجز بإجازة غيره ما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجاز المشترى الثانى بيع الأجنبى.

وفيه وجه آخر: أنه يجوز بإجازة المالك الثانى، لأنه يملك ابتداء العقد فملك إجازته كالأول، ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أو هبة أو غيره فأما إن عتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح، ولأنه إنما وقف لحق المولى، فإذا أعتق سقط حقه فصح العقد، واحتمل أن لا يجوز، لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة ولأن حق المولى إن بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج فإنه يليها بالولاء.

فصل: وإذا زوجت التى يعتبر إذنها بغير إذنها وقلنا: يقف على إجازتها فإجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء، أو المطالبة بالمهر والنفقة، ولا فرق فى ذلك بين البكر والثيب، لأن أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبى ﷺ لبريرة: «إن وطئك زوجك فلا خيار لك» (٦٠) جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة، والتمكين من الوطء دليل على الرضى، لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به.

عنية، ولأنه يوم شريف ويوم عيد وفيه خلق آدم عليه السلام، والمساء أولى فإن أبا حفص روى بإسناده عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مسوا بالأملاك فإنه أعظم للبركة» (53) ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره.

26- مسألة: (ويستحب أن يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود)

خطبة العاقد أو غيره قبل الإيجاب والقبول مستحبة ثم يكون العقد بعد ذلك، لقول النبى ﷺ: «كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع» وقال: كل خطبة ليس فيها شهادة

---

(٦٠) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٣٦) بلفظ «قربك» بدلاً من «وطئك» وفيه محمد بن إسحاق وهو مدلس قد عنعنه، والدارقطنى فى «السنن» (٣/ ٢٩٤) من طريقين.

الأول: عن ابن إسحاق، وسبق الكلام عنه.

والثانى: من طريق محمد بن إبراهيم الشامى: وهو متهم بالوضع.

والبيهقى فى «سننه» (٧/ ٢٢٥) وقال: تفرد به محمد بن إبراهيم الشامى.

وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٦٥) (٥/ ٣٧٨) وفيهما ابن لهيعة وهو مدلس وقد عنعنه.

(53) ذكره صاحب منار السبيل ولم أقف له على إسناده.

الحكم الثالث: إذا عضلها الولى الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد، نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى: تنتقل إلى السلطان، وهو اختيار أبى بكر، وذكر ذلك عن عثمان بن عفان ﷺ وشريح، وبه قال الشافعى لقول النبى ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»(٦١) ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه الحاكم مقامه، كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه.

ولنا: أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن، ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث حجة لنا لقوله ﷺ: «السلطان ولى من لا ولى له» وهذه لها ولى ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لأن قوله: «فإن اشتجروا» ضمير يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة:

أحدها: أنها حق للولى والدين حق عليه.

الثانى: أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولى وفسقه وموته.

الثالث: أن الدين لا يعتبر فى بقائه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا» **فإن قيل:** فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه، **قلنا:** فسقه، بامتناعه فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فلذلك صح تزويجه، والله أعلم.

فهى كاليد الجذماء» رواهما ابن المنذر(54)، ويجزئ من ذلك أن يحمد الله تعالى ويتشهد ويصلى على النبى ﷺ ويستحب أن يخطب بخطبة ابن مسعود التى قال: علمنا رسول الله ﷺ التشهد فى الصلاة والتشهد فى الحاجة قال: التشهد الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهدى الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات: ﴿**اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاته وَلا تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ**﴾ (آل عمران: ١٠٢) ﴿**وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذى تَسَاءَلُونَ به وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا**﴾ (النساء: ١) ﴿**اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً ۝ يُصْلِحْ**﴾ (الأحزاب: ٧٠، ٧١) الآية رواه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن(55) قال الخلال، ثنا أبو سليمان إمام طرسوس قال: كان

---

(٦١) تقدم برقم (٥٧) فى نفس المسألة.

(54) (أ) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٨٤٠) وابن ماجه (١/ ١٨٩٤) وأحمد (٢/ ٣٥٩) من طريق قرة بن عبد الرحمن عن الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة مرفوعًا، وفى إسناده قرة بن عبد الرحمن صدوق له مناكير قاله الحافظ فى «التقريب» قال ابن معين: ضعيف الحديث، وقال أبو زرعة: الأحاديث التى يروينها مناكير، قال أبو حاتم والنسائى: ليس بقوى.

(ب) أخرجه أبو داود فى سننه (٤/ ٤٨٤١) والترمذى (٣/ ١١٠٦) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٠٢، ٣٤٣) والبيهقى فى السنن الكبرى (٣/ ٢٠٩) وإسناده صحيح.

(55) أخرجه أبو داود (٢/ ٢١١٨) والترمذى (٣/ ١١٠٥) والنسائى (٣/ ١٤٠٣) وابن ماجه (١/ ١٨٩٢) والدارمى (١/ ٢٢٠٢) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣٩٢، ٣٩٣، ٤٣٢) وإسناده صحيح.

فـصل: ومعنى العضل: منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما فى صاحبه، قال معقل بن يسار، زوجت أختًا لى من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدًا، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٢) فقلت: الآن أفعل يا رسول الله ﷺ: قال: «فزوجها إياه» رواه البخارى(٦٢)، وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها، لأن عليهم فى ذلك عارًا وفيه ضررًا على نسائها لنقص مهر مثلهن.

ولنا: أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجرة دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولأن النبى ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه: «التمس ولو خاتمًا من حديد»(٦٣) وقال لامرأة زوجت بنعلين: «أرضيت بنعلين من نفسك؟» قالت: نعم، فأجازه النبى ﷺ(٦٤) وقولهم: فيه عار عليهم ليس كذلك فإن عمر قال: «لو كان مكرمة فى الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله ﷺ(٦٥)، يعنى غلو الصداق، فإن رغبت فى كفء بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها

أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة ابن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبى عبد الله على طريق المبالغة باستحبابها لا على الإيجاب لها فإن حرب بن إسماعيل قال: قلت لأحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع فى ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه كان إذا دعى لتزويج قال: لا تغضوا(*) علينا الناس، الحمد لله، صلى الله على محمد إن فلانًا يخطب إليكم فإن أنكحتموه فالحمد لله، وإن رددتموه فسبحان الله، والمستحب خطبة يخطبها الولى أو الزوج أو غيرهما فقال الشافعى: المسنون خطبتان هذه التى

---

(٦٢) تقدم برقم (١٤) مسألة رقم (١٠٩٩).

(٦٣) أخرجه البخارى فى «صحيح» (٧/ ٢٢) من «كتاب النكاح» باب «إذ كان الولى هو الخاطب» وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١١١) والترمذى فى «جامعه (٣/ ١١١٤) والنسائى (٦/ ١٢٣) ومالك فى الموطأ (١/ ٥٢٦) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٣٣٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٣٦) وابن عبد البر فى «التمهيد» (٢/ ١٨٨).

(٦٤) أخرجه الترمذى فى «جامعه» (٣/ ح١١١٣) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤٤٥) والبيهقى فى «سننه» (٧/ ١٣٨) من طريق عاصم بن عبيد الله قال: سمعت عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه به، وعاصم بن عبد الله قال: الحافظ فى التقريب: «ضعيف».

(٦٥) أخرجه أبو داود (٢/ ٢١٠٦) والترمذى (٣/ ١١١٤) وابن ماجه (١/ ١٨٨٧) والنسائى (٦/ ٣٣٤٩) والدارمى (٢/ ٢٢٠٠) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ٥٣٤) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٤١، ٤٨) وإسناده صحيح.

(*) **الغصة:** هى الشجى، والمنزل (غاصٌّ) بالقوم ممتلئ بهم، وغصّ المكان بأهله: ضاق.

وامتنع من تزويجها من الذى أرادته كان عاضلاً لها، فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلاً لها بهذا، لأنها لو زوجت من غير كفئها له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى.

١١١٥- **مسألة:** قال: (**وإذا كان وليها غائبًا فى موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها، فإن لم يكن فالسلطان**).

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين:

أولهما: أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم، وبهذا قال أبو حنيفة: وقال الشافعى: يزوجها الحاكم، لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها، ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح.

ولنا: قوله ﷺ: «السلطان ولى من لا ولى له»[٦٦] وهذه لها ولى فلا يكون السلطان وليها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب، فكان ذلك للأبعد كالأصل وإذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا.

ذكرناها فى أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبى ﷺ وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع.

فصل: وليست الخطبة واجبة عند أحد من أهل العلم إلا داود فإنه أوجبها لما ذكرناه.

ولنا: أن رجلاً قال للنبى ﷺ: زوجنيها فقال رسول الله ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن» متفق عليه[56]، ولم يذكر خطبة، وخطب إلى ابن عمر مولاة له فما زاد على أن قال: قد أنكحتك على ما أمر الله على إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وقال جعفر بن محمد عن أبيه إن كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر، وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بنى سليم قال: خطبت إلى رسول الله ﷺ أمامة بنت عبد المطلب فانكحنى من غير أن يتشهد، ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب.

27- **مسألة: (يستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما فى خير وعافية).**

---

(٦٦)تقدم برقم (١٢) مسألة رقم (١٠٩٩).

(56)أخرجه البخارى فى «صحيحه» من كتاب الوكالة (٣/ ١٣٢) ومسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ١٠٤١/ ٧٦).

والفـــصل الثـــانى: فى الغيبـة المتقطعة التى يجـوز للأبعد التزويج فى مثلهـا، ففى قول الخرقى: هى من لا يصل إليـه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لأن مـثل هذا تتعذر مراجـعته بالكليـة فتكون منقطعـة أى ينقطع من إمكان تزويجـها، وقـال القاضى: يجب أن يكـون حد المسـافة أن لا تردد القوافل فيـه فى السنة إلا مرة لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثـر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها.

وقد قـال أحمـد فى موضع: إذا كـان الأب بعيد السـفر يزوج الأخ، قـال أبو الخطاب: فيـحتمل أنه أراد بالسـفر البعـيد ما تقـصر فيه الصـلاة لأن ذلك هو السفـر الذى علقت عليه الأحكام، وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقع [٦٧] إلا بكلفة ومشقـة: لأن أحمد قال: إذا لم يكن ولى حاضر من عصبتها كتب إليـهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة متقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة فالسلطان ولى من لا ولى له، وهذا لقول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب،

وقد روى أن النبى ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف صـفرة فقال: «ما هذا؟» قال: إنى تزوجت على وزن نواة قال: «بارك الله لك أولم ولو بشاة» [57] متفق عليه قال بعض أهل العلم: وزن نواة خمسـة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المـبرد: الصواب عند أهل العربيـة أن يقال نواة فحـسب، فإن النواة عندهم اسم خمـسة دراهم كما أن الأوقـية أربعون درهمًا والنش عشرون.

28- مـــســألة: (ويقول إذا زفت إليـه: اللهم إنى أسألك خيرها وخـير ما جبلتـها عليه، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه).

لما روى صالح بن أحمد فى مسـائله عن أبيه ثنا داود عن أبى نضرة عن أبى أسعد مولى أبى أسيد قال: تزوج فحضره عبدالله بن مسـعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة فقـدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ رأس أهلك فقل: اللهم بارك لى فى أهلى وبارك لأهلى فى وارزقهم منى وارزقنى منهم ثم شأنك وشأن أهلك [58] وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه قـال: «إذا تزوج امرأة واشتـرى خادمًا فليـقل اللهم إنى أسألك خيرها وخـير ما جبلتها عـليه، وأعوذ بك من شرها وشر ما جـبلتها عليه، وإذا اشتـرى بعيرًا فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك» [59].

---

(٦٧) فى نسخة: «بقطع».

(57) أخرجه الـبخارى فى النكاح (٩/ ٥١٦٧) ومسلم (٢/ نكاح/ ٧٩/ ١٠٤٢) والتـرمذى (٣/ ١٠٩٤) وابن ماجه (١/ ١٩٠٧) والدارمى (٢/ ٢٢٠٤).

(58) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٦/ ح١٠٤٦٢) البيهقى فى «سننه» (٣/ ١٢٦).

(59) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢١٦٠) وابن ماجه (١/ ١٩١٨) وإسناده حسن.

فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف فى هذه المسألة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج فى مثله، فإنه يتعذر فى ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب فيكون كالمعدوم، والتحديد بالعام كبير فإن الضرر يلحق بالانتظار فى مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة فى مكاتبته، والتوسط أولى والله أعلم.

واختلف أصحاب أبى حنيفة فى الغيبة المتقطعة فقال بعضهم كقول القاضى، وبعضهم قال: من الرى إلى بغداد، وبعضهم قال: من البصرة إلى الرقة، وهذان القولان يشبهان قول أبى بكر واختلف أصحاب الشافعى فى الغيبة التى يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم: مسافة القصر، وقال بعضهم: يزوجها الحاكم، وإن كان الولى قريبًا وهو ظاهر نص الشافعى، وظاهر كلام أحمد أنه إذا كانت الغيبة غير متقطعة أنه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل.

فصل: وإن كان القريب محبوسًا أو أسيرًا فى مسافة قريبة لا تمكن مراجعته فهو كالبعيد فإن البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود هٰهنا ولذلك إن كان غائبًا لا يعلم قريب أو بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد.

باب أركان النكاح وشروطه

أركانه الإيجاب والقبول فلا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنها وبمعناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما.

وجملته أن النكاح ينعقد بلفظ النكاح والتزويج والجواب عنهما إجماعًا وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب فى قوله سبحانه: ﴿زَوَّجْنَاكَهَا﴾ (الأحزاب: ٣٧) وقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: ٢٢) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل أن يقول: زوجتك ابنتى فيقول: قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج، ولا ينعقد بغير هذين اللفظين وبه قال عطاء وسعيد ابن المسيب والزهرى وربيعة والشافعى وقال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وفى لفظ الإجارة عن أبى حنيفة روايتان وقال مالك: ينعقد بذلك إذا ذكر المهر واحتجوا بأن النبى ﷺ زوَّج رجلاً امرأة فقال «مَلَّكْتُكَهَا بما معك من القرآن»(١) رواه البخارى ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبى ﷺ فانعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج، ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ إلى قوله: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ

(١) تقدم برقم (56).

١١١٦- مسألة: قال: (وإذا زوجت من غير كفء فالنكاح باطل).

اختلفت الرواية عن أحمد فى اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروى عنها أنها شرط له، قال: إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما، وهذا قول سفيان، وقال أحمد فى الرجل يشرب الشراب ما هو بكفء لها يفرق بينهما، وقال: لو كان المتزوج حائكًا فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه: «لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء» رواه الخلال بإسناده(٦٨).

وعن أبى إسحاق الهمدانى قال: «خرج سلمان وجرير فى سفر فأقيمت الصلاة فقال جرير لسلمان: تقدم أنت، قال سلمان: بل أنت تقدم فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم فى صلاتكم، ولا تنكح نساؤكم، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم(٦٩) ولأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف فى حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير إذنها.

وقد روى أن النبى ﷺ قال: «لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا تزوجوهن إلا الأولياء»(٧٠) رواه الدارقطنى إلا أن ابن عبد البر قال: هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله.

والرواية الثانية عن أحمد: أنها ليست شرطًا فى النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم، روى

الْمُؤْمِنِينَ﴾ (الأحزاب: ٥٠) فذكر ذلك خالصًا لرسول الله ﷺ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال، ولأنه ليس بصريح فى النكاح فلا ينعقد به كالذى ذكرنا، وهذا لأن الشهادة شرط فى النكاح والكناية إنما تعمل بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق، وأما الخبر فقد روى «زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها» من طرق صحيحة، والقصة واحدة فالظاهر أن الراوى روى بالمعنى ظنًا منه أن معناهما واحد فلا يكون حجة، وإن كان النبى ﷺ جمع بين الألفاظ فلا حجة لهم فيه، لأن النكاح انعقد بأحدها والباقى فضلة.

---

(٦٨) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٣/ ٢٩٨) من طريق إسحاق بن بهلول قال: قيل لعبد الله بن أبى رواد: يزوج الرجل كريمته من ذى الدين إذا لم يكن فى الحسب مثله، قال: حدثنى مسعر عن سعد ابن إبراهيم عن إبراهيم بن محمد بن طلحة قال: قال عمر... فذكره.
قلت: وهذا إسناد ضعيف، فيه انقطاع، لأن إبراهيم بن محمد بن طلحة لم يدرك عمر.
وأخرجه البيهقى أيضًا (٧/ ١٣٣) بلفظ: «لا ينبغى لذوات الأحساب يتزوجهن إلا من الأكفاء» من طريق جعفر بن عوين... بالسند الأول وعلته الانقطاع أيضًا كما فى الطريق الأول.

(٦٩) أخرجه البيهقى فى «سننه» (٧/ ١٣٤) وقال: وهذا هو المحفوظ: موقوف.

(٧٠) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٤٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٣) من طريق مبشر بن عبيد، ومبشر هذا قال أحمد: أحاديثه موضوعه، وقال: البخارى: منكر الحديث. وقال الدارقطنى عقب الحديث: مبشر بن عبيد متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها، وقال البيهقى: حديث ضعيف.

نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأى لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ (الحجرات: ١٣)وقالت عائشة ﵂: إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالمًا وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الأنصار، أخرجه البخارى (٧١) وأمر النبى ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره، متفق عليه (٧٢) وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية (٧٣)، وقال ابن مسعود لأخته: أنشدك الله أن تتزوجى مسلمًا وإن كان أحمر روميًا أو أسود حبشيًا (٧٤)، ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقًا للمرأة أو الأولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب.

وقد روى أن أبا هند حجم النبى ﷺ فى اليافوخ فقال النبى ﷺ: يا بنى بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه» (٧٥) رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكارًا شديدًا والصحيح أنها غير مشترطة، وما روى فيها يدل على اعتبارها فى الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لأن الزوجة وكل واحد من الأولياء له فيها حق ومن لم يرض منها فله لفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته جعل لها النبى ﷺ الخيار

فصل: ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها، وهذا أحد أقوال الشافعي، وعند أبي حنيفة ينعقد، لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بالعربية.

ولنا: أنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة عليه فلم يصح كلفظ الإحلال، ولأن الشهادة شرط فى النكاح وهى واقعة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع للنكاح، وإنما يصرف إليه بالنية ولا شهادة عليها فيخلو النكاح عن الشهادة وما قاله أبو حنيفة أقيس قياسًا على سائر العقود، وما ذكروه من تعذر الشهادة على غير العربية ملغى بما إذا لم يحسن العربية.

---

(٧١)أخرجه البخارى (٩/ ٥٠٨٨/ فتح) وأبو داود (٢/ ح٢٠٦١) مطولاً، والنسائى (٦/ ٣٢٢٣) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٦٠٥/ ١٢) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٠١/ ٢٧١).

(٧٢)أخرجه مسلم (٢/ طلاق/ ٣٦/ ١١١٤) والنسائى (٦/ ح٣٢٤٤) وأبو داود (٢/ ٢٢٨٤) والترمذى (٣/ ١١٣٥) والدارمى (١/ ٢١٧٧) وابن ماجه (١/ ١٨٦٩) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٧٣، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣).

(٧٣)أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٣٠١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٦) وسعيد بن منصور (١/ ٥٨٥) وعبد الرزاق فى مصنفه (٦/ ١٠٣٢٦).

(٧٤)أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» موقوفًا (١/ ٥٨٤).

(٧٥)أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٠٢) والدارقطنى (٣/ ٣٠١) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٦٤) وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبى وإسناده حسن.

فأجازت ما صنع أبوها(٧٦)، ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار، فإذا قلنا باشتراطها فإنما نعتبر وجودها حال العقد فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح، لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد وإن كانت معدومـة حال العقد فالنكاح فاسـد حكمه حكم العقود الفاسدة عـلى ما مضى فإن قلنا: ليست شرطًا فرضيت المـرأة والأولياء كلهم صح النكاح وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلاً من أصله أو صحيحًا؟ فيه روايتان عن أحمد وقولان للشافعي:

أحـدهمـا: أنه باطل، لأن الكفاءة حق لجميعهم والعاقل متـصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولى.

والثانى: هو الصحيح بدليل أن المرأة التى رفعت إلى النبى ﷺ أن أباها زوجها من غير كفئها خيرها ولم يبطل النكاح من أصله، ولأن العقد وقع بالإذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحتـه، وإنما يثبت الخيار كـالعيب من العنة(٧٧) وغيـرها فـعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ، وبهذا قال الشافعى ومالك وقـال أبو حنيفة: إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يكن لباقى الأوليـاء فسخ لأن هذا الحق لا يتجـزأ وقد أسقط بعض الشـركاء حقه فـسقط جميـعه كالقصاص.

ولنا: أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه فلم يسـقط يرضى غيره كالمرأة مع الولى فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملاً فإذا سقط بعـضه تعذر استيفاؤه وهاهنا بخلافة، ولأنه لو

فـصـل: فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عـقد النكاح بلسانه، لأنه عاجز عما سواه فسقط عنه كالأخـرس ويحتاج إلى أن يأتى بمعناهما الخاص بحيث يـشتمل على معنى اللفظ العربى.

1- مسألة: **(فإن قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه ذلك).**

وفيه وجه ذكره أبو الخطاب أنه يلزمه، لأن ما كانت العربية شرطًا فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير.

ولنا: أن النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير.

2- مـــســـألـة: **(والقـبول أن يقـول قبلت هذا النكاح أو مـا يقوم مـقامـه فى حق من لا يحسن).**

فإن كان أحـد المتعاقدين يحسن العـربية دون الآخر أتى الذى يحسن العربيـة بها والآخر يأتى بلسانه فـإن كان أحدهمـا لا يحسن لسان الآخـر احتاج أن يعلم أن اللـفظة التى أتى بها صاحبه لفظة الإنكاح بأن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعًا.

---

(٧٦) تقدم برقم (٥٥) مسألة رقم ١١١٤.

(٧٧) الـعُـنَّـة: وهو أمر يعـترض الرجل فيحبـسه عن النساء، ويقـال له عِنِّين وهو الذى لا يأتى النساء ولا يريدهن.

زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عندهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى وسواء كانوا متساوين فى الدرجة أو متفاوتين فزوج الأقرب مثل أن يزوج الأب بغير كفء فإن للإخوة الفسخ، وقال مالك والشافعى: ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب لأنه لا حق للأبعد معه فرضاؤه لا يعتبر.

ولنا: أنه ولى فى حال يلحقه العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ كالمتساويين.

١١١٧- **مسألة:** قال: (**والكفء ذو الدين والمنصب**).

يعنى بالمنصب الحسب وهو النسب، واختلفت الرواية عن أحمد فى شروط الكفاءة فعنه هما شرطان الدين والمنصب لا غير، وعنه أنها خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار.

وذكر القاضى فى المجرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة، وإنما الروايتان فى الشرطين الأولين قال: ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة فى النسب لا غير لأنه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد، وذكر فى «الجامع» الروايتين فى جميع الشروط، وذكره أبو الخطاب أيضًا وقال مالك: الكفاءة فى الدين لا غير، قال ابن عبد البر: هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعى كقول مالك وقول آخر إنها الخمسة التى ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبى حنيفة والثورى والحسن بن حى إلا فى الصنعة والسلامة من العيوب الأربعة، ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر معه الصبيان فلا يكون كفؤًا لأن الغالب على الجند الفسق ويعد ذلك نقصًا والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى: ﴿**أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لاَّ يَسْتَوُونَ**﴾ (السجدة: ١٨) ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس

فصل: وأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهته فصح بإشارته كبيعه وطلاقه ولعانه وفى اشارة القادر على النطق وجهان ذكرهما فى المجرد أو لهما عدم الصحة للاستغناء عنها، وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لا يصح غيره من التصرفات القولية، ولأن النكاح عقد بين شخصين فلا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضًا لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم قال أحمد: لا يزوجه ولهى يعنى إذا كان بالغًا لأن الخرس لا يوجب الحجر كالصمم.

3- **مسألة:** (**فإن اقتصر على قوله قبلت بأن يقول الولى زوجتك ابنتى فيقول قبلت صح انعقد النكاح**).

وقال الشافعى فى أحد قوليه لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لأنه كناية فى النكاح يفتقر إلى النية والإضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع.

والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ فى الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفؤًا لعفيفة ولا مساويًا لها لكن يكون كفؤًا لمثله، فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات. والدليل على اعتبار النسب فى الكفاءة قول عمر رضي الله عنه: لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء، قال قلت: وما الأكفاء؟ قال: فى الأحساب(٧٨)، رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده، ولأن العرب يعدون الكفاءة فى النسب ويأنفون من نكاح الموالى ويرون ذلك نقصًا وعارًا فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف، ولأن فى فقد ذلك عارًا ونقصًا فوجب أن يعتبر فى الكفاءة الدين.

فصل: واختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه أن غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بنى هاشم لا يكافئهم وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعى لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل واصطفى من كنانة قريشًا واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفانى من بنى هاشم»(٧٩) ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبنو هاشم أخص به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير ابن مطعم: إن إخواننا من بنى هاشم لا ننكر فضلهم علينا لمكانك الذى وضعك الله به منهم.

وقال أبو حنيفة: لا تكافىء العجم العرب ولا العرب قريشًا، وقريش كلهم أكفاء لأن ابن عباس قال: قريش بعضهم أكفاء بعض(*)، **والرواية الثانية:** عن أحمد أن العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم بعضهم لبعض أكفاء لأن النبى ﷺ زوج ابنتيه عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بنى عبد شمس وزوج على عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن على وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينة وتزوجها

ولنا: أن القبول صريح فى الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر إلى النية ممنوع فإنه جواب لا ينصرف إلا إلى الذكور، وكذلك إن قال الخاطب للولى أزوجت؟ قال: نعم وللمتزوج أقبلت؟ قال: نعم صح، وذكره الخرقى، ويحتمل أن لا يصح لأن النكاح إنما يصح بلفظ الإنكاح والتزويج ولا نطق الولى بواحد منهما ولا نطق المتزوج بالقبول وقال الشافعى: لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك بنتى ويقول الزوج قبلت هذا التزويج، لأن هذين ركنا العقد فلا ينعقد بدونهما.

ولنا: أن نعم جواب لقوله زوجتك وقبلت والسؤال مضمر فى الجواب معاد فيه فيكون

---

(٧٨) تقدم برقم (٦٨).

(٧٩) أخرجه مسلم (٤/ فضائل/ ١/ ١٧٨٢) والترمذى فى سننه (٥/ ح٣٦٠٥) وأحمد فى «مسنده» (١٠٧/٤).

(*) لم أجده بهذا اللفظ، وسيأتى قوله: «العرب بعضهم لبعض أكفاء» وهو حديث موضوع.

أيضًا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس وهما كندیان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهى من قريش، ولأن المعجم والموالى بعضهم لبعض أكفاء وإن تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب.

فصل: فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤًا لحرة لأن النبى ﷺ خير بريرة حين عتقت تحت عبد فإذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة أولى لأن نقص الرق كبير وضرره بين فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه، ولا يمنع صحة النكاح لأن النبى ﷺ قال لبريرة: «لو راجعتيه» قالت: يا رسول الله أتأمرنى؟ قال: «إنما أنا شفيع» قالت: فلا حاجة لى فيه، رواه البخارى(٨٠)، ومراجعتها له ابتداء النكاح فإنه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشفع إليها النبى ﷺ فى أن تنكح عبدًا إلا والنكاح صحيح.

فصل: فأما اليسار ففيه روايتان: **إحداهما:** هو شرط فى الكفاءة لقول النبى ﷺ: «الحسب المال»(٨١) وقال: «إن أحساب الناس بينهم فى هذه الدنيا هذا المال»(٨٢) وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها «أما معاوية فصعلوك لا مال له»(٨٣) ولأن على الموسرة ضررًا فى إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ

معنى نعم من الولى زوجته ابنتى ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ (الأعراف: ٤٤) كان إقرارًا منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقًا، ولو قيل لرجل: لى عليك ألف درهم، قال: نعم كان إقرارًا صريحًا لا يفتقر إلى نية ولا يرجع فى ذلك إلى تفسيره وبمثله تقطع اليد فى السرقة وهو حد يدرأ بالشبهات فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك.

---

(٨٠) أخرجه البخارى «فى الطلاق» (٩/ ٥٢٨٣/ فتح) فى «سننه» (٢/ ٢٢٣١) والنسائى (٨/ ٥٤٣٢) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ٢٠٧٥) والدارمى (٢/ ٢٢٩٢) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢١٥، ٢٨١، ٣٦١).

(٨١) أخرجه الترمذى (٦/ ٣٢٧١) وابن ساجه (٢/ ٤٢١٩) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ١٠) والدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٣٠٢) والحاكم فى «مستدركه» (٢/ ١٦٣) (٤/ ٣٢٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٥، ١٣٦) وابن عبد البر فى التمهيد (١٩/ ١٦٦) وزاد «والكرم التقوى» وإسناده صحيح.

(٨٢) أخرجه النسائى (٦/ ٣٢٢٥) بلفظ «أن أحساب أهل الدنيا الذى يذهبون إليه المال» والحاكم فى «مستدركه» (٢/ ١٦٣) وابن حبان (٢/ ح٦٩٨/ إحسان) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٥) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٣٥٣، ٣٦١) وابن عبد البر فى «التمهيد» (١٦/ ١٦٦).

(٨٣) تقدم تخريجه برقم (٧٢).

بإخلاله بالنفقة فكذلك إذا كـان مقارنًا ولأن ذلك معدود نقصًا فى عرف الناس يتـفاضلون فيه كتفاضلهم فى النسب وأبلغ، قال نبيه بن الحجاج السهمى(٨٤):

سـألتـانى الطلاق أن رأتـانى قل مـالى قـد جـئـتـمـانى بنكر

ويكـأن من لـه نشب يُـحْـبَبُ ومن يفـتـقـر يعش عـيش ضـر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب، **والرواية الثانية**: ليس بشرط لأن الفقر شرف فى الدين وقد قال النبى ﷺ: «اللهم أحينى مـسكينًا وأمتنى مسكينًا»(٨٥) ولس هو أمرًا لازمًا فـأشبه العافية من المرض، واليسار المعتبـر ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه أداء مهرها.

فصل: فأما الصناعة ففيها روايتان أيضًا: **إحداهما**: أنها شرط من كان من أهل الصنائع الدنيئة كالـحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقـيم والحَمَّامِيِّ والزبال فليس بكفء لبنات ذوى المروءات أو أصـحاب الصنائع الجليلة كالتجـارة والبناية لأن ذلك نقص فى عرف الناس فأشبه نقص النسـب وقد جاء فى الحديث: «العرب بعضهم لبـعض أكفاء إلا حائكًا أو حجـامًا»(٨٦) قيل لأحمد رحمه الله: وكيف تأخـذ به وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه، يعنى أنه ورد موافقًا لأهل العرف، وروى أن ذلـك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبى حنيفة لأن ذلك ليس بنقص فى الدين ولا هو ملازم فأشبه الضعف والمرض، قال بعضهم(٨٧):

ألا إنمـا التقـوى هى العـز والكرم وحـبك للدنيـا هو الذل والسـقمْ

وليس على عـبـد تقى نقـيـصـة إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجمْ

4- مسألة: (فإن تقدم القبول الإيجاب لم يصح).

سواء كان بلفظ الماضى مثل أن يقـول: تزوجت البنت، فيقول: زوجتك أو بلفظ الطلب كقـوله: زوجنى ابنتك فيقـول: زوجتكها، وقال أبو حنيـفة ومالك والشـافعى: يصح فيهـما جميعًا، لأنه قد وجد الإيجاب والقبول فصح كما لو تقدم الإيجاب.

ولنا: أن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجـد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه فلم يصح

---

(٨٤) ذكره ابن خلكان فى «كتابه» وفيات الأعيان تحت ترجمـة يزيد بن مزيد الشيبانى فقال: وقد ذكر هشام ابن الكلبى فى كتاب «جمـهرة النسب» شيئًا يتعلق بذى الفقار وهى فائدة يحـسن ذكرها ههنا فإنه قال فى نسب قريش: قبنة وبُنية ابنا الحـجاج بن عامر بن حذيفة بن سعد بن سـهم القريشى، كانا سيدى بنى سهم فى الجاهلية قتلا يوم بدر كافرين وكانا من المطعمين. اهـ. وفيات الأعيان (٦/ ٣٢٩)

(٨٥) تقدم برقم (٥٢) مسألة رقم (١٠٨٦).

(٨٦) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٥) وقال: وهو ضعيف، وذكره ابن عبد البر فى «التمهيد» (١٩/ ١٦٥) من حديث ابن عمر ﷺ وقال: حديث منكر موضوع.

(٨٧) البيتان لأبى العتاهية وهما فى ديوانه.

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف فى أنه لا يبطل النكاح بعدمها ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء لأن ضرره مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر فى الكفاءة.

فصل: من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان فى الإسلام والحرية، وقال أبو حنيفة: ليس بكفء وليس بصحيح فإن الصحابة ﷺ أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الأمة فلا يجوز أن يقال إنهم غير أكفاء للتابعين.

فصل: فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفوءًا لذات نسب فإن أحمد رحمه الله ذكر له أنه ينكح وينكح إليه فكأنه لم يحب ذلك لأن المرأة تعير به هى ووليها ويتعدى ذلك إلى ولدها، وأما كونه ليس بكفء لعربية فلا إشكال فيه لأنه أدنى حالاً من المولى.

فصل: والموالى بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم، قال أحمد: ـ رحمه الله ـ فى رجل من بنى هاشم له مولاة يزوجها الخراسانى وقول النبى ﷺ: «موالى القوم من أنفسهم»(٨٨) هو فى الصدقة فأما فى النكاح فلينكح، وذكر القاضى رواية عن أحمد أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ولأن النبى ﷺ زوج زيدًا وأسامة عربيتين(٨٩) ولأن موالى بنى هاشم ساووهم فى حرمان الصدقة فيساووهم فى الكفاءة وليس هذا بصحيح فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاء العرب فإن المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤًا لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب، وقد قال أحمد: هذا الحديث فى الصدقة لا فى النكاح، ولهذا لا يساووهم فى استحقاق الخمس ولا فى الإمامة ولا فى الشرف، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عربيان فإنهما من كلب وإنما طرأ عليهما رق، فعلى هذا يكون حكم كل عربى الأصل.

فصل: فأما أهل البدع فإن أحمد قال فى الرجل: يزوج الجهمى يفرق بينهما وكذلك إذا زوج الواقفى إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء اللقطة(٩٠) وقد كتب الحديث

كما لو تقدم بلفظ الاستفهام ولأنه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح فإذا تقدم كان أولى لصيغة الاستفهام ولأنه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولى زوجتك ابنتى لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى فإن قالوا يصح كالبيع والخلع قلنا البيع لا يشترط فيه صيغة الإيجاب بل يصح بالمعاطاة ولا يتعين فيه لفظ بل يصح بأى لفظ كان إذا أدى المعنى ولا يلزم الخلع لأنه يصح تعليقه على الشروط ويحتمل أن يصح إذا تقدم بلفظ الطلب لأن فى حديث المرأة التى وهبت نفسها للنبى ﷺ فقامت طويلاً فقال

---

(٨٨) أخرجه البخارى فى كتاب الفرائض (١٢/ ح٦٧٦١/ فتح) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح١٦٥٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١/ ١٥١).

(٨٩) تقدم برقم (٧٢، ٧٣) مسألة رقم (١١١٦).

(٩٠) وفى نسخة: اللفظيَّة.

فهـذا شر من جهـمى يفرق بينهمـا، وقال: لا يزوج بنته من حـرورى مرق من الدين ولا من الرافضى ولا من القدرى فإذا كان لا يدعو فلا بأس، وقال: من لم يربع(*) بعلى فى الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه، وقال القاضى: والمقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه.

فـصل: والكفاءة معتبرة فى الرجل دون المرأة فإن النبى ﷺ لا مكافىء له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيى وتسـرى بالإماء وقال: «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمهـا، وأحسن إليها ثم أعتقهـا وتزوجها فله أجران»(٩١) مـتفق عليـه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك فى الأم.

١١١٨- مسـألة: قـال: **(وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعهـا فى كفاية فالنكاح ثابت وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة).**

أما البكر الصغيرة فلا خـلاف فيها، قال ابن المنذر(٩٢): أجمع كل من نحـفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جـائز إذا زوجها من كفء ويجوز له تزويجها مع كراهيتهـا وامتناعها وقد دل على جواز تزويج الصغـيرة قول الله تعالى: ﴿**وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾ (الطلاق: ٤) فجعل اللائى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق فى نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها فـيعتبر وقالت عـائشة ﷺ: تزوجنى النبى ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع»(٩٣) متفق عليه، ومعلوم أنها لم تـكن فى تلك الحال ممن يعتبر إذنها.

وروى الأثرم أن قدامة بن مظعـون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فـقال: ابنة الزبير

رجل: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال النبى ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن» وهو حـديث صحـيح رواه البخارى ولم ينقل أنه قـال: قبلت ولا مـا يؤدى معناه والظاهر أنه لو وجد منه لفظ لنقل وعلى قياس ذلك إذا تقدم بلفظ الماضى.

(*) أى يجعله رابع الخلفاء الراشدين بعد أبى بكر وعمر وعثمان ـ ﷺ جميعًا ـ.

(٩١) أخـرجه الـبخـارى فى كـتـاب «العتـق» (٥/ ح٢٥٤٤/ فتح) من حـديث أبى مـوسى ومـسلم (١/ إيمان/ ٢٤١. ١٣٤، ١٣٥) بلفظ «ثلاثـة يؤتون أجرهم مرتين، وأبو داود (٢/ ح٢٠٥٣) وابن مـاجه (١/ ١٩٥٦) بلفظه والدارمى (٢/ ٢٢٤٤) بـلفظ مسلم، وأحمـد فى «مـسنده» (٤/ ٣٩٥، ٣٩٨، ٤٠٢، ٤١٤).

(٩٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص٧٦، ٣٤٩).

(٩٣) أخرجه البخارى فى «كـتاب مناقب الأنصار» (٧/ ح٣٨٩٤، ٣٨٩٥/ فتح) ومسلم (٢/ نكاح/ ٦٩/ ١٠٣٨، ١٠٣٩) وأبو داود (٣/ ح٢١٢١) وابن ماجـه (١/ ١٨٧٦) والنسائى (٦/ ٣٢٥٥) والدارمى (٢/ ٢٢٦١) وأحـمد فـى «مسنده» (٩/ ٤٢، ١١٨، ٢١١) وسـعـيـد بن منصـور فى «سننه» (١/ ح٥١٥).

إن مت ورثتني وإن عشت كانت امرأتي وزوج على ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب ﷺ: وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان: **إحداهما:** له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق.

والثانية: ليس له ذلك واختارها أبو بكر وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: أن تسكت» متفق عليه(٩٤).

وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكرًا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ(٩٥) ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل.

ووجه الرواية الأولى ما روى عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها»(٩٦) رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئمار ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواحب كما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «آمروا النساء في بناتهن»(٩٧) رواه أبو داود، وحديث

فصل: إذا عقد النكاح هزلاً أو تلجئة صح لأن النبي ﷺ قال: «ثلاث هزلهن جد وجدهن جد الطلاق والنكاح والرجعة»(2) رواه الترمذي، وعن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «من نكح لاعبًا أو طلق لاعبًا أو أعتق لاعبًا جاز»(3) وقال عمر: أربع جائزات إذا تكلم بهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر، وقال علي: أربع لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر.

---

(٩٤) أخرجه البخاري في النكاح (٩/ ٥١٣٦/ فتح) ومسلم (٢/ نكاح/ ٦٤/ ١٠٣٦) وأبو داود (٢/ ح٢٠٩٢) والنسائي (٦/ ٣٢٦٥) والترمذي (٣/ ١١٠٧) وابن ماجه (١/ ١٨٧١) والدارمي (٢/ ٢١٨٦).

(٩٥) تقدم برقم (٥٥) مسألة (١١١٤).

(٩٦) أخرجه مسلم (٢/ نكاح/ ٦٦/ ١٠٣٧) وأبو داود (٢/ ٢٠٩٨) والترمذي (٣/ ١١٠٨) والنسائي (٦/ ٣٢٦٠) وابن ماجه (١/ ١٨٧٠) ومالك في الموطأ (٢/ ٤/ ٥٢٤، ٥٢٥).

(٩٧) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢/ ح٢٠٩٥) وأحمد في مسنده (٢/ ٣٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ١١٥) وعبد الرزاق في «مصنفه» (٦/ ١٠٣١٠، ١٠٣١١) وإسناده ضعيف لإيهام الرجل الذي روى عنه إسماعيل بن أمية.

(2) أخرجه الترمذي (٣/ ١١٨٤) وأبو داود في «سننه» (٢/ ٢١٩٤) وإسناده حسن.

(3) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٦/ ١٣٥) وهو مرسل.

التى خيرها رسـول الله ﷺ مرسل ويحتمل أنهـا التى زوجها أبوها من ابن أخيـه ليرفع بها خسيسـته فتخييرها لذلك، ولأن مـا لا يشترط فى نكاح الصغيرة لا يشـترط فى نكاح الكبيرة كالنطق، وقول الخـرقى «فوضعها فى كـفاءة» يدل على أنه إذا زوجها من غيـر كفء فنكاحها باطل وهو إحدى الروايتين عن أحـمد وأحد قولى الشافعى لأنه لا يجوز له تزويجـها من غير كفء فلم يصح كسائر الأنكحة المحرمة ولأنه عقد لموليته عقدًا لا حظ لها فيه بغير إذنها فلم يصح كبيعه عقارها من غير غـبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ثمن مثله، ولأنه نائب عنها شرعًا، فلم يصح تصرفه لها شرعًا بما لا حظ لها فيه كالوكيل.

والثانية: يصح، لأنه عيب فى المعقود عليه فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذى لا يعلم عيبه، ويحـتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء ويصح إذا لم يعلم ولأنه إذا علم حرم عليه العقـد فبطل لتحريمه بخلاف ما لم يعلمه كـما لو اشترى لها معيبًـا يعلم عيبه ويحتـمل أن يصح نكاح الكبـيرة لأنه يمكن اسـتدراك الضـرر بإثبات الخـيار لهـا فتـفسخ إن كرهت، وإن لم تفسخ كـان كإجازتها وإذنها بخلاف نـكاح الصغيرة على القول بصحـته، فإن كانت كبيرة فله الخيار ولا خيار لأبيها إذا كـان عالمًا لأنه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليـه الفسخ ولا يسقط برضاه، لأنه يفـسخ لحظها وحقـها لا يسقط برضاه، ويحـتمل أن لا يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليـها حتى تبلغ وتختار فإن كان لهـا ولى غير الأب فلها الفسخ على ما مضى وعلى كلتا الروايتين، فلا يحل له تزويجها من غير كفء، ولا من معيب لأن الله تعالى أقامه مقامها ناظرًا لها فيما فيه الحظ لها ومتصرفًا لها لعجزها عن التصرف وفى نفسها فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه كما فى مالها، ولأنه إذا حرم عليه التصرف فى مالها بما لا حظ فيه ففى نفسها أولى.

5- مسألة: (وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما فى المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره).

لأن حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل صحة القبض فـيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار فى عقود المعاوضات.

6- مسألة: (فإن تفرقا قبله بطل الإيجاب).

لأنه لا يوجد معناه فإن الإعـراض قد وجد من جهته بالتفرق فـلا يكون قبولاً وكذلك إذا تشاغلا بما قطعه لأنه معرض عن العقد بالاشتغال عن قبوله، وعنه لا يبطل فإن أبا طالب نقل عن أحمد فى رجل مشى إليه قوم فقالوا له: زوج فلانًا قال: قد زوجته على ألف فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فـقال: قد قبلت هل يكون هذا نكاحًا؟ قال: نعم، قال القـاضى: هذا محمول على أنه وكل من قـبل التزويج فى المـجلس، قـال أبو بكر: مسـألة أبى طالب تتوجـه على قولين، واختار أنه لا بد من القبول فى المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى.

فـصل: فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغمـاء بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد

١١١٩- **مسألة:** قال: (**وليس هذا لغير الأب**).

يعنى ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثورى وابن أبى ليلى وبه قال الشافعى: إلا فى الجد فإنه جعله كالأب، لأن ولايته ولاية إيلاد فملك إجبارها كالأب، وقال الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والأوزاعى وأبو حنيفة لغير الأب تزويج الصغيرة ولها الخيار إذا بلغت، وقال هؤلاء غير أبى حنيفة: إذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيار إذا بلغا، قال أبو الخطاب: وقد نقل عبدالله عن أبيه كقول أبى حنيفة لأن الله تعالى قال: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾ (النساء: ٣) فمفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ لقول النبى ﷺ: «لا يتم بعد احتلام»(٩٨) قال عروة: سألت عائشة عن قول الله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ**﴾ فقالت: يا بن أختى هذه اليتيمة تكون فى حجر وليها ويشركها فى مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط فى صداقها فيعطها مثلما يعطيها غيره فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتهن فى الصداق متفق عليه ولأنه ولى فى النكاح فملك التزويج كالأب.

ولنا: قول النبى ﷺ: «تستأمر اليتيمة فى نفسها وإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها»(١٠٠) رواه أبو داود والنسائى، وروى عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك إلى النبى ﷺ فقال: «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»(١٠١)

بالقبول بعده لأنه ما لم يضامه القبول لم يكن عقداً فبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون وهذا مذهب الشافعى، وإن نام لم يبطل حكم الإيجاب لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا.

فصل: ولا يثبت الخيار فى النكاح وسواء فى ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف فى هذا لأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يقع فى الغالب إلا بعد روية وفكرة ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع فى الأسواق من

---

(٩٨) تقدم برقم ٢٨ مسألة رقم (١٠٨٠).

(٩٩) أخرجه البخارى فى «كتاب الشركة» (٥/ ٢٤٩٤/ فتح) وفى النكاح (٩/ ٥٠٦٤) ومسلم (٤/ التفسير/ ٦/ ٢٣١٣، ٢٣١٤) وأبو داود (٢/ ٢٠٦٨) والنسائى (٦/ ٣٣٤٦).

(١٠٠) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٩٣) والنسائي (٦/ ٣٢٦١) بلفظ: «الأيم أحق بنفسها من وليها واليتيمة تستأمر وإذنها صماتها» والترمذى من «كتاب النكاح» (٣/ ح١١٠٩) والدارمى (٢/ ٢١٨٥) واللفظ له وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٦١، ٣٣٤) (٢/ ٢٥٩، ٤٧٥) (٤/ ٣٩٤، ٤٠٨، ٤١١) وصححه الألبانى فى صحيح الجامع (٣/ ٤٠).

(١٠١) أخرجه أحمد فى مسنده (٦١٣٦) وإسناده صحيح والحاكم فى «مستدركه» (٢/ ١٦٧) بنحوه والبيهقى فى «سننه» الكبرى (٧/ ١٢٠) والدارمى (٣/ ٢٣٠).

واليتيمة الصغيرة التى مات أبوها ولأن غير الأب قاصر الشفقة فلا يلى نكاح الصغيرة كالأجنبى وغير الجد لا يلى مالهــا فلا يستبد بنكاحها كالأجنبى ولأن الجد يلى بولاية غـيره فأشبه سائر العصبات، وفـارق الأب فإنه يدلى بغير واسطة ويسقط الإخـوة والجد ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقى فى زوج وأبوين أو زوجة وأبوين، والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى: ﴿ تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ ﴾ (النساء: ١٢٧) وإنما يدفع إلى الكبيرة أو نحملها على بنت تسع.

فـصل: وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان: **إحداهـما:** أنها كمن لم تبلغ تسعًا نص عليه فى رواية الأثرم، وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وسائر الفقهاء، قالوا: حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان لأنها غير بالغة ولأن إذنها لا يعتبر فى سائر التصرفات فكذلك فى النكاح.

والرواية الثانية: حكمها حكم البالغة نص عليه فى رواية ابن منصور، لمفهوم الآية ودلالة الخبرين بعـمومهما على أن اليتيـمة تنكح بإذنها وإن أبت فلا جواز عليهـا وقد انتفى به الإذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعًا.

وقد روى الإمام أحمد بإسناده عن عـائشة رضي الله عنها، أنها قالت: إذا بلغت الجارية تسع سنين فهـى امرأة(١٠٢)، ورواه القاضى بإسناده عن ابن عمـر عن النبى ﷺ بمعناه(*) فى حـكم المرأة ولأنهـا بلغت سنًا يمكن فيـه حيضـها ويحدث لهـا حاجة إلى النكاح فـيباح تزويجـها كالبالغة فعلى هذا إذا زوجت ثم بلغت، لم يكن لها خيار كالبالغة إذا زوجت وقد خطب عمر

غير فكر ولا روية ولأن النكاح ليس بمعاوضـة محضة ولهذا لا يعتبر فيـه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غـير تسمية العـوض ومع فساده ولأن ثبوت الخيار فـيه يفضى إلى فسخـه بعد ابتذال المـرأة، وفى فسخه بعـد العقد ضرر بالمـرأة، ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق.

فـصل: قال رضي الله عنه: (**وشروطه خمسة: أحدها: تعيين لزوجين**) لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشترى والمبيع فإن كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فإن الإشارة تكفى فى التعيين فإن زاد على ذلك بنتى هذه أو هذه فلانة كان تأكيدًا.

7- مـسـألة: (فإن قال زوجـتك بنتى وله بنات لم يصح حتى يشيـر إليها أو يسمـيها أو يصفها بما تتميز به، وإن لم يكن له إلا ابنة واحدة صح).

---

(١٠٢) أخرجـه الترمذى فى «سننه» (٣/ ٤١٨) من كتـاب «باب» «ما جاء فى إكـراه اليتيمـة على التزويج» والبيـهقى (١/ ٣٢٠) تعليقًا بدون إسنـاد فقال: وروينا عن عائشـة رضي الله عنها أنها قالت: فذكـره، وقال: تعنى والله أعلم فى حيضها فهى امرأة.

(*) لم أجده فيما بين يدى من مصادر.

أم كلثوم ابنة أبى بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهى لدون عشر لأنها إنما ولدت بعد موت أبيها، وإنما كانت ولاية عمر عشرا فكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله(١٠٣) ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم.

١١٢٠- مسألة: قال: **(ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسنًا).**

لا نعلم خلافًا فى استحباب استئذانها فإن النبى ﷺ قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولأن فيه تطييب قلبها وخروجًا من الخلاف، وقالت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا؟ فقال لها رسول الله ﷺ : «نعم تستأمر» وقال: «استأمروا النساء فى أبضاعهن فإن البكر تستحيى فتسكت فهو إذنها» متفق عليهما(١٠٤).

وروى عن عطاء قال: كان النبى ﷺ يستأمر بناته: إذا أنكحهن قال: كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول: «إن فلانًا يذكر فلانة، فإن حركت الخدر لم يزوجها وإن سكتت زوجها»(١٠٥).

فصل: ويستحب استئذان المرأة فى تزويج ابنتها لقول النبى ﷺ : «آمروا النساء فى بناتهن»(١٠٦) ولأنها تشاركه فى النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها وفى استئذانها تطييب قلبها وإرضاء لها فتكون أولى.

١١٢١- مسألة: قال: **(وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد).**

إذا كانت المعقود عليها غائبة فقال زوجتك ابنتى وليس له سواها جاز فإن سماها كان تأكيدًا فإن كان له أكثر من بنت واحدة فقال: زوجتك ابنتى لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتى الكبرى أو الوسطى أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيدًا وإن قال: زوجتك ابنتى عائشة أو فاطمة صح فإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال: زوجتك فاطمة لم يصح ولأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك بنتى، وقال بعض الشافعية يصح إذا نوياها جميعًا، ولا يصح هذا لأن النكاح

---

(١٠٣) أورده أبو نعيم فى «أخبار أصبهان» (٢/ ٢٧٣).

(١٠٤) الأول: أخرجه مسلم (٢/ نكاح/ ٦٥/ ١٠٣٧) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ١٦٥).
والثانى: أخرجه البخارى فى «النكاح» (٩/ ٥١٣٧/ فتح) مختصرًا وأيضًا فى الحيل (١٢/ ٦٩٧١) وبنحوه والنسائى (٦/ ٣٢٦٦) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٤٥، ٧٠، ٢٠٣).

(١٠٥) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦/ ٧٨) من طريق أيوب بن عتبة عن يحيى عن أبى سلمة عن عائشة وأيوب بن عتبة اليمامى قال الحافظ فى «التقريب» «ضعيف» وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ١٤١، ١٤٤).

(١٠٦) تقدم تخريجه برقم (٩٧) مسألة رقم ١١١٨.

وجملة ذلك: أن البنت[١٠٧] تقسم قسمين: كبيرة وصغيرة فأما الكبيرة: فلا يجوز للأب ولا لغيـره تزويجهـا إلا بإذنها فى قول عـامة أهل العلم إلا الحـسن قال له: تزويجـها، وإن كرهت، والنخـعى قال: يزوج بنتـه إذا كانت فى عيـاله فإن كـانت بائنة فى بيتهـا مع عيـالها استأمرها، قال إسماعيل بن إسـحاق: لا أعلم أحدًا قال فى البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة فإن الخنساء ابنة خدام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت النبى ﷺ فرد نكاحه، رواه البخارى والأئمة كلهم[١٠٨]، قال ابن عبد البر: هذا الحـديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخـالفًا له إلا الحسن، وكانت الخنساء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قتادة فـقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلاً من بنى عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسـول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر، وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر» متفق عليـه[١٠٩]، وقال: «الأيم أحق بنفسـها من وليها»[١١٠] وروى ابن عبـاس رضي الله عنه عن النبى ﷺ قال: «ليس للولى مع الثيب أمـر» رواهما النسائى وأبو داود[١١١] ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل.

القسم الثانى: الثيب الصغيرة وفيها وجهان: **أحدهما**: لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقى واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضى ومذهب الشـافعى لعموم الأخبار، ولأن الإجبار يختلف بالبكارة والثـيوبة لا بالصغـر والكبر وهذه ثيب، ولأن فى تأخيـرها فائدة وهو أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر إذنها فوجب التأخير بخلاف البكر.

يعتبر فيه الشهادة على وجه يـمكن أداؤها أداء يثبت به العقد وهذا متعذر فى النية، ولذلك لو قال: زوجتك بنتى وله بنات لم يصح حـتى يميزها بلفظه ولو قال: زوجتك فـاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع فى نسبها حتى يبلغ ما تميز به عن النساء.

فصل: فإن كانت له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال: زوجتك ابنتى عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حفص، وقال القاضى: يصح فى التى نوياها وهذا غير صحيح لوجهين: **أحدهما**: أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشـبه ما لو قال: زوجتك عائشـة فقط أو ما لو قال: زوجتك ابنتى ولم يسـمها وإذا لم

---

(١٠٧) فى نسخة: «الثيب».

(١٠٨) أخـرجه البـخـارى فى «كـتاب النـكاح» (٩/ ح٥١٣٨/ فتح) وأبو داود (٢/ ٢١٠١) وابـن ماجـه (١/ ١٨٧٣) وفـيه: يـدعى خذامـًا، والدارمى (٢/ ٢١٩٢) ومـالك فى «المـوطأ» (٢/ ٥٣٥/ ٢٥) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٢٨، ٣٢٩).

(١٠٩) تقدم برقم (٩٤) مسألة رقم (١١١٨).

(١١٠) تقدم برقم (٩٦) مسألة رقم (١١١٨).

(١١١) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٠٠) والنسائى (٦/ ٣٢٦٣) وإسناده صحيح.

الوجه الثانى: أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر وعبد العزيز، وهو قول مالك وأبى حنيفة لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر، والغلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً فكذا هذه والأخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لا حق لها.

ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها بإذنها، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا فى البكر والله أعلم.

١١٢٢- مسألة: قال: **(وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات)**.

أما الثيب: فلا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى أن إذنها الكلام للخبر ولأن اللسان هو المُعَبِّرُ عما فى القلب وهو المعتبر فى كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض.

وأما البكر: فإذنها صماتها فى قول عامة أهل العلم منهم شريح والشعبى وإسحاق والنخعى والثورى والأوزاعى وابن شبرمة وأبو حنيفة ولا فرق بين كون الولى أبًا أو غيره، وقال أصحاب الشافعى: فى صمتها فى حق غير الأب وجهان: **أحدهما**: لا يكون إذنًا لأن الصمات عدم الإذن فلا يكون إذنًا ولأنه محتمل الرضى والحياء وغيرهما فلا يكون إذنًا كما فى حق الثيب وإنما اكتفى به فى حق الأب لأن رضاءها غير معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعى عن إضافته إليه، وجعله مذهبًا له مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يعرج منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا: يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت»(١١٢).

يصح فيما إذا لم يسمها ففيما إذا سماها بغير اسمها أولى أن لايصح، **الثانى**: أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فإن اسم أختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولى يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كما إذا خطب امرأة وتزوج غيرها لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول إلى الصغرى من خطبة ونحوها فإن العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو نوياها، ولو نوى الولى الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولى الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هى فعلى الأول لا يصح التزويج لعدم النية منهما، فى التى تناولها لفظهما وعلى الاحتمال الذى ذكرناه يصح فى المعينة باللفظ لما ذكرنا.

فصل: فإن كان له ابنة واحدة فقال الرجل: زوجتك ابنتى وسماها بغير اسمها فقال القاضى: يصح وهو قول أصحاب الشافعى لأن قوله بنتى آكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها

---

(١١٢) تقدم برقم (١٠٩).

وفى رواية: عن عائشة أنها قالت: يا رسول الله إن البكر تستحى قال: «رضاها صماتها» متفق عليه(١١٣)، وفى رواية: «واليتيمة تستأمر فصمتها إقرارها» رواه النسائى(١١٤) وفى رواية: «تستأمر اليتيمة فى نفسها فإن سكتت فهو إذنها»(١١٥) وهذا صريح فى غير ذات الأب.

وروى الأثرم عن عدى الكندى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها»(١١٦) والأخبار فى هذا كثيرة، ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالإذن ولا تستحى من إبائها وامتناعها فإذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها فاكتفى به وما ذكروه يفضى إلى أن لا يكون صماتها إذنًا فى حق الأب أيضًا لأنهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون إذًا ردّا على النبى ﷺ بالكلية واطراحًا للأخبار الصريحة الجليلة وخرقًا لإجماع الأمة المرضية.

فصل: فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وأتم فى الإذن من صمتها وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها، وقال أبو يوسف ومحمد: إن بكت فليس بإذن لأنه يدل على الكراهية وليس بصمت فيدخل فى عموم الحديث.

ولنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «تستأمر اليتيمة فإن بكت أو سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها»(١١٧) لأنها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان إذنًا منها كالصمات والضحك، والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة، ولو كرهت لامتنعت فإنها لا تستحى من الامتناع، والحديث يدل بصريحة على أن هذا الصمت إذن، وبمعناه على ما فى معناه من الضحك والبكاء، وكذلك أقمنا الضحك مقامه.

والاسم مشترك ولو قال: زوجتك هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها صح على هذا التعليل.

8- مسألة: وإن قال: إن وضعت زوجتى ابنة فقد زوجتكها لم يصح لأنه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد، وكذلك لو قال: زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لأنها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور فى غير الإرث والوصية ولأنه لا يتحقق أن فى البطن بنتًا فأشبه ما لو قال: زوجتك من فى هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها.

فصل: فإن خطب امرأة فزوج بغيرها مثل أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح فى غيرها وهو يعتقد أنها التى خطبها فيقبل ولا ينعقد النكاح، لأن القبول

---

(١١٣) تقدم برقم (١٠٤). (١١٤، ١١٥) تقدم برقم ١٠٠، ١٠١ مسألة رقم ١١١٩.

(١١٦) أخرجه ابن ماجه (١/ ١٨٧٢) والبيهقى فى «سننه الكبرى» (٧/ ١٢٣) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٩٢) وإسناده صحيح.

(١١٧) تقدم برقم (١٠٠) مسألة (١١١٩).

فصل: والثيب المعتبر نطقها هى الموطوءة فى القبل سواء كان الوطء حلالاً أو حرامًا ، وهذا مذهب الشافعى، وقال مالك وأبو حنيفة فى المصابة بالفجور: حكمها حكم البكر فى إذنها وتزويجها، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته، وهذه لم تباشر بالإذن فى النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله.

ولنا: قوله ﷺ : «الثيب تعرب عن نفسها» ولأن قوله ﷺ : «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت»(١١٨) يدل على أنه لا بد من نطق الثيب، لأنه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذنًا لأحدهما فوجب أن يكون الآخر بحاله، وهذه ثيب فإن الثيب هى الموطوءة فى القبل وهذه كذلك، ولأنه لو أوصى لثيب النساء دخلت فى الوصية ولو أوصى للأبكار لم تدخل، ولو اشترطها فى التزويج أو الشراء بكرًا فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ، ولأنها موطوءة فى القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء غير صحيح فإنه أمر خفى لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يعتبر بمظنته، وهى البكارة ثم هذا التعليل يفضى إلى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلاً فى نفسه، ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة وعلى هذا ليس لنا(١١٩) إجبارها إذا كانت بالغة، وفى تزويجها إن كانت صغيرة وجهان، وقولهم: إنها لم تباشر الإذن، قلنا: يبطل بالموطوءة بشبهة أو فى ملك يمين والمزوجة وهى صغيرة.

فصل: وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بأصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكار ، ذكره ابن حامد لأنها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها فى القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها، ولو وطئت فى الدبر لم تصر ثيبًا ولا حكمها حكمهن، لأنها غير موطوءة فى القبل.

انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد فى غيره بغير علم المشترى فلو علم الحال بعد ذلك فرضى لم يصح قال أحمد: رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون الصداق على وليها لأنه غره ويجهز إليه أختها التى خطبها بالصداق الأول فإن كانت تلك قد ولدت منه لحق به الولد.

قال شيخنا: وقوله يجهز إليه أختها يعنى والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لأن العقد الذى عقده لم يصح فى واحدة منهما لأن الإيجاب صدر فى إحداهما أيهما كان جاز، وقال أحمد فى رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولأختها المهر قيل يلزمه مهران قال: نعم ويرجع على وليها، هذه مثل التى بها برص أو جذام على يقول: ليس عليه غزم، وهذا ينبغى أن يكون فى امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغى أن يجب لها

---

(١١٨) تقدم برقم (٩٥) مسألة (١١١٨). (١١٩) فى نسخة: لأبيها.

فـصل: إذا اختلف الزوج والمرأة فى إذنها لوليِّها فى تزويجها قبل الدخول فالقول قولها فى قول أكثر الفقهاء، وقال زفر فى الثيب كقول أهل العلم، وفى البكر: القول قول الزوج، لأن الأصل السكوت والكلام حادث فالزوج يدعى الأصل فالقول قوله.

ولنا: أنها منكرة الإذن والقول المنكر، ولأنه يدعى أنها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب على قوله وإن اختلفا بعد الدخول، فقال القاضى: القول قول الزوج ولأن التمكين من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح، كان الظاهر معه وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضى: قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعى وأبو يوسف ومحمد: تستحلف فإن نكلت(*) فقال أبو يوسف ومحمد يثبت النكاح وقال الشافعى: يستحلف الزوج ويثبت النكاح.

ولنا: أنه اختلاف فى زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعى معه كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج فالقول قولها، لأنه اختلاف فى أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كما لو اختلفوا فى نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولأنها تدعى صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها.

فصل فى المجنونة: إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها، لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى، وإن كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام: **أحدها:** أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها

صداق لأنها زانية مطاوعة فأما إن جهل الحال فلها المهر ويرجع به على من غره وروى عن على ﷺ فى رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الأخرى لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضى عدتها وبه قال النخعى والشافعى وأصحاب الرأى.

فصل: قال ﷺ: **(الثانى رضا الزوجين فإن لم يرضيا أو أحدهما لم يصح).**

رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط فى صحة العقد، لأن العقد لهما فاعتبر تراضيهما به كالبيع فإن لم يرضيا أو أحدهما لم يصح العقد لفوات شرطه.

٩- مسألة: (إلا الأب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الأبكار بغير إذنهم).

وأما الغلام العاقل فلا نعلم من أهل العلم فى أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر: وهذا قول الحسن والزهرى وقتادة ومالك والثورى والأوزاعى وإسحاق والشافعى وأصحاب الرأى ولما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعًا رواه الأثرم وأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه وقال الشافعى: لا يجوز لأنه يلزمه بالتزويج حقوق من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له كغيره من الأولياء.

(*) تستحلف إن نكلف.

تزويجها، ذكره القاضى وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى، وهذا قول الشافعى وأبى حنيفة، ومنع منه أبو بكر، لأنها ولاية إجبار، وليس على الثيب ولاية إجبار، والأول أصح فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك، وكذلك الحكم فى الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الإجبار فى حقها إذا كانت عاقلة.

القسم الثانى: أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان: **أحدهما**: ليس له تزويجها بحال، لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها، **والثانى**: له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة، وهو اختيار ابن حامد وأبى الخطاب وقول أبى حنيفة، لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل إلى إذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها وكذلك ينبغى أن يملك تزويجها وإن قال أهل الطب: إن علتها تزول بتزويجها، لأن ذلك من أعظم مصالحها، وقال الشافعى: لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها.

ولنا: أن المعنى المبيح للتزويج وجد فى حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففى تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه ما لو قال أهل الطب: إنه يزيل علتها، وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها للرجال وميلها إليهم وأشباه ذلك، **القسم الثالث**: من وليها غير الأب والحاكم فقال القاضى: لا يزوجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثانى على ما بيناه.

ولنا: أنه غير بالغ فملك الأب تزويجه كالعاقل ولأنه إذا جاز تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه إلى التزويج رأيًا ونظرًا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، ووصى الأب يقوم مقامه فى ذلك كوكيله إذا قلنا بصحة الوصية فى النكاح وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه وقال القاضى فى المجرد: للحاكم تزويجه لأنه يلى ماله وقال الشافعى: يملك ولى الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى، وفارق الأب ووصيه فإن لهما تزويج الصغيرة وولاية الإجبار وسواء أذن الغلام فى تزويجه أو لم يأذن لأنه لا إذن له.

فصل: وللأب تزويج البالغ المعتوه فى ظاهر كلام أحمد والخرقى مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها وقال القاضى: إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعى، لأن فى تزويجه مع عدم حاجته إضرارًا به بإلزامه حقوقًا لا

وقال أبو الخطاب: لهم تزويجها فى الحال التى يملك الحـاكم تزويج موليته فيها، وهذا قول أبى حنيفة، لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحـاكم فقدموا عليه فى التزويج كما لو كانت عاقـلة، ووجه قـول القاضى أن الحـاكم هو الناظر لهـا فى مالهـا دونهم فيكون واليًـا دونهم كتزويج أمتـها، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حـاجة الجوع والعرى، فإن كـان لها وصى فى مالهـا لم يتملك تزويجـها، لأنه لا ولاية له فى نكاحـها والحكم فى تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا.

١١٢٣- مـسـألة: قال: **(وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلهـا ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)**.

وجـملة ذلك: أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها، بكرًا كانت أو ثيبًا، صغيرة كانت أو كبيرة وبهذا قال أبو الخطاب(١٢٠) ومالك، وقال الشافعى: ليس له ذلك فإن فعل فلها مهر مثلها لأنه عـقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فـيه عن قيمة المعوض كـالبيع، ولأنه تفريط فى مالها وليس له ذلك.

ولنا: أن عمر ﷺ خطب الناس، فقال: ألا لا تغالوا فى صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدًا من نسائه ولا أحـدًا من بناته أكثر من اثنتى عشـرة أوقية(١٢١) وكـــان ذلك بمحضـر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقًـا منهم على أن له أن يزوج بذلك، وإن كان دون صداق المـثل، وزوج سعيد بن المـسيب ابنته بدرهمـين وهو من سادات قريش شرفًـا وعلمًا ودينًا(*)، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها، ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض وإنما

مصلحة له فى إلزامها وقال أبو بـكر: ليس للأب بحال لأنه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر: إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز وإن كان مستدامًا جاز.

ولنا: أنه غيـر مكلف فجاز لأبيه تزويجـه كالصغيـر فإنه إذا جاز تزويج الصغـير مع عدم حاجته فى الحال وتوقع نظره فعند الحاجة أولى.

ولنا: على التسوية بين الطارئ والمستدام أنه معنى يثـبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولأنه جنون يثـبت الولاية على ماله فـأثبتها عـليه فى نكاحه كـالمستدام، فـأما اعتـبار الحاجـة فلا بد منها فـإنه لا يجوز لوليه تزويجـه إلا إذا رأى مصلحة فـيه غير أن الحـاجة لا تنحصر فى قضاء الشهوة بل قد تكون حـاجته إلى الإيواء والحفظ وربما كان دواء له يترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة.

---

(١٢٠) وفى نسخة: أبو حنيفة.

(١٢١) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٠٦) وابن ماجه (١/ ١٨٨٦) والدارمى (٢/ ٢٢٠٠) وأحـمد فى «مسنده» (١/ ٤٠، ٤١، ٤٨) وإسناده صحيح.

(*) أخرجه أبو نعيم فى «حلية الأولياء» (٢/ ١٦٧).

المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفيها فى منصب ويصونها ويحسن عشرتها والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعانى المقصودة بالنكاح فلا ينبغى أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعاوضات فإن المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته، فأما غير الأب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فإن زوج بدون ذلك صح النكاح، لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر فى النكاح ويكون لها مهر مثلها، لأنه قيمة بضعها وليس للولى نقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم.

فصل: وتمام المهر على الزوج، لأن التسمية ههنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعًا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بمحرم وعلى الولى ضمانه لأنه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله.

قال أحمد: أخاف أن يكون ضامنًا وليس الأب مثل الولى ولا تملك المرأة الفسخ لأنه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم.

١١٢٤- مسألة: قال: **(ومن زوج غلامًا غير بالغ أو معتوهًا لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصى ناظر له فى التزويج).**

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة:

أحدها: أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه، وقال القاضى فى «المجرد»: للحاكم تزويجه، لأنه يلى ماله، وقال الشافعى: يملك ولى الصبى تزويجه ليألف

فصل: ومن يجن فى الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه.

فصل: وليس لغير الأب ووصيه تزويج المعتوه البالغ وبه قال مالك، وقال أبو عبد الله ابن حامد: للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة للنساء بأن يتبعهن، وهذا مذهب الشافعى، لأن ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها إذنه. وسنذكر ذلك فى تزويج المجنون وينبغى أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب إن فى ذلك ذهاب علته لأنه من أعظم مصالحه.

فصل: وإذا زوج الصغير والمجنون فإنه يقبل لهما النكاح ولا يأذن لهما فى قبوله لأنهما ليسا من أهل التصرفات فإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه حتى يتولاه بنفسه كما يفوض أمر المبيع إليه وإن تزوج له الولى جاز كما يجوز أن يبتاع له وهذا على الرواية التى تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه فإن قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى.

حفظ فرجه عند بلوغه، وليس بسديد فإن غيـر الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى، وفارق الأب ووصيـه، فإن لهما تزويج الصـغيرة وولاية الإجبـار وسواء أذن الغلام فى تزويجه أو لم يأذن فإنه لا إذن له.

الفـصل الـثـانى: فى المعتـوه وهو الزائل العقل بجنون مطبق، ليس لغيـر الأب ووصيه تزويجه، وهذا قـول مالك، وقال أبو عـبدالله بن حامد: للحـاكم تزويجه إذا ظهر منه شـهوة النساء بأن يتـبعهن ويريدهن، وهـذا مذهب الشافـعى، لأن ذلك من مصالحـه وليس له حال ينتظر فيـها إذنه، وقد ذكـرنا توجيه الوجهـين فى تزويج المجنونة وينبـغى على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب: إن فى تزويجـه ذهاب علته، لأنه من أعظم مصالحه، والله أعلم.

الفصل الـثالث: أن للأب أو وصيه تزويجهما سواء كـان الغلام عاقلاً أو مجنونًا، وسواء كان الجنون مستـدامًا أو طارئًا، فأما الغلام السليم من الجنون فـلا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى أن لأبيه تزويجه، كذلك قال ابن المنذر: وممن هذا مذهبه الحسن والزهرى وقتادة ومالك والثورى والأوزاعى وإسحـاق والشافعى وأصحاب الرأى لمـا روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصمـا إلى زيد فأجازاه جميعًا، رواه الأثرم بإسناده(١٢٢)، فأم الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه، وقال الشافعى: لا يجوز، لأنه يلزمه التزويج حقوقًا من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيره من الأولياء.

فـصل: وذكر القاضى أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بأكـثر من مهر المثل لأنه معاوضة فى حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المـثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعى وإذا قلنا إن للأب تزويج أمته بدون صـداق مثلها فهذا مـثله فإنه قد يرى المصلحـة فى ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز فى مداواته بـل الجواز هـهنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج المجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيـتعذر الوصول بدون ذلك بخلاف المرأة، وذكر القاضى فى المـجرد أن قياس المـذهب أنه لا يتزوج بأكثر من امـرأة واحدة لعدم حاجـته إلى زيادة عليها فيكون بذلاً لمـاله فيما لا حاجة به إليه وذكر فى الجـامع أنه له تزويج ابنه الصغير بأربع لأنه قد يرى المصلحـة فيه وليس له تزويجه معيـبة عيبًا يرد به النكاح فـإن فيه ضررًا به وتفويت ماله فيمـا لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج فى صحـة النكاح وجهان فإن قلنا: يصح فهل للولى الفسخ فى الحال؟ على وجهين يذكر توجيهـهما فى تزويج الصغيرة بمعيب فإن لم يفسخ حـتى بلغ الصبى أو عـقل المجنون فلهـما الفـسخ وليس له تزويجه بأمـة لأن إباحتـها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم فى حق الصبى غير معلوم فى حق المجنون.

---

(١٢٢) أخرجـه البيهـقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٤٣) من كتـاب النكاح باب «الأب يزوج ابنه الصغـير» وإسناده صحيح.

ولنا: أنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل، ولأنه إذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه إلى التزويج رأيًا ونظرًا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، وفارق غير الأب فإنه لا يملك تزويج العاقل، وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقى: أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها وقال القاضى: إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعى، لأن فى تزويجه مع عدم حاجته إضررًا به بإلزامه حقوقًا لا مصلحة له فى التزامها، وقال أبو بكر: ليس للأب تزويجه بحال، لأنه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل، وقال زفر: إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه، وإن كان مستدامًا جاز.

ولنا: أنه غير مكلف فجاز لأبيه تزويجه كالصغير فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته فى الحال وتوقع نظره عند الحاجة فههنا أولى.

ولنا: على التسوية بين الطارئ والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه فى النكاح كالمستدام، فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر فى قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم.

فصل: ومن يُخْنَقُ(١٢٣) فى الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه، لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو

فصل: فأما الإناث فللأب تزويج ابنته البكر الصغيرة التى لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف إذا وضعها فى كفاة قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء يجوز له ذلك مع كراهتها وامتناعها وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى: ﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** ﴾ فجعل للائى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق فى نكاح أو فسخ فدل ذلك على تزويج وتطلق ولا إذن لها يعتبر وقالت: عائشة تزوجنى النبى ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع متفق عليه(4) ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحال ممن يعتبر إذنها وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له ابنة الزبير فقال: إن مت ورثتنى وإن عشت كانت امرأتى وزوج على ابنته أم كلثوم وهى صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

---

(١٢٣) الخناق: بالضم: داء يمتنع معه نفوذ النفس إلى الرئة والقلب وفى نسخة الشرح الكبير يحق، وفى بعض النسخ: يفيق.

(4) أخرجه البخارى «مناقب الأنصار» (٧/ ٣٨٩٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ٦٩/ ١٠٣٨).

الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه.

الفصل الرابع: أن وصى الأب فى النكاح بمنزلته على ما ذكرنا فى ثبوت الولاية للوصى على المرأة وفى هذا من الخلاف مثل ما فيه، وإنما يثبت ذلك لوصى الأب فى التزويج خاصة فإن كان وصيّا فى المال لم تكن له ولاية فى التزويج، لأنه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به إليه، ووصى غير الأب لا ولاية له على صبى أو مجنون، لأن الموصى لا يملك ذلك فوصيه أولى.

فصل: وإن تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لهما النكاح ولا يجوز أن يأذن لهما فى قبوله، لأنهما ليسا من أهل التصرف، وإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز، فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع إليه، ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه، وإن تزوج له الولى جاز كما يجوز أن يبتاع له، وهذا على الرواية التى تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه، وإن قلنا: لا يصح ذلك منه فهذا أولى.

فصل: وذكر القاضى أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل، لأنه معاوضة فى حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله، وهذا مذهب الشافعى، وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة فى ذلك فجاز

فصل: وفى البكر البالغة العاقلة روايتان: **إحداهما:** له إجبارها على النكاح وهو مذهب مالك وابن أبى ليلى والشافعى وإسحاق، **والثانية:** ليس له ذلك اختارها أبو بكر وهو مذهب الأوزاعى والثورى وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا: يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت» متفق عليه(5) وروى أبو داود وابن ماجه(6) عن ابن عباس أن جارية بكرًا أتت النبى ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى ﷺ، ولأنها جائزة التصرف فى مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل، ووجه الأولى ما روى ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها صماتها»(7) رواه أبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل

---

(5) أخرجه البخارى فى «النكاح» (٩/ ٥١٣٦/ فتح) ومسلم (٢/ نكاح/ ٦٤/ ١٠٣٦) وأبو داود (٢/ ح٢٠٩٢) والنسائى (٦/ ٣٢٦٥) والترمذى (٣/ ١١٠٧) وابن ماجه (١/ ١٨٧١) والدارمى (٢/ ٢١٨٦).

(6) أخرجه النسائى (٦/ ٣٢٦٩).

(7) أخرجه مسلم (٢/ نكاح/ ٦٦/ ١٠٣٧) وأبو داود (٢/ ٢٠٩٨) والترمذى (٣/ ١١٠٨) والنسائى (٦/ ٣٢٦٠) وابن ماجه (١/ ١٨٧٠) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٤/ ٥٢٤، ٢٢٥).

له بذل المال فيه كما يجوز فى مداواته بل الجواز هـهنا أولى، فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة، وذكر القاضى فى «المجرد» أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلاً لماله فيما لا حاجته به إليه وذكر فى «الجامع» أن له تزويج ابنه الصغير بأربع، لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعيبة عيبًا يرد به فى النكاح، لأن فيه ضررًا به وتفويتًا لماله فيما لا مصلحة له فيه، فإن فعل خرج فى صحة النكاح وجهان فإن قلنا: يصح فهل للولى الفسخ فى الحال؟ على وجهين مضى توجيههما فى تزويج الصغيرة بمعيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبى أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بأمة، لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت، وهو معدوم فى حق الصبى غير معدوم فى المجنون.

فصل: وإذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن موسرًا كان أو معسرًا، لأنه عقد للابن فكان عليه بذله كثمن المبيع وهل يضمنه الأب؟ فيه روايتان: **إحداهما:** يضمنه، نص عليه فقال: تزويج الأب لابنه الطفل جائز ويضمن الأب المهر، لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان، **والأخرى:** لا يضمنه، لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه أو كالوكيل، قال القاضى: هذا أصح، وقال: إنما الروايتان فيما إذا كان الابن معسرًا، أما الموسر فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق، فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع فى الهبة، لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه ما لو وهبه الأب

على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئمار هـهنا والاستئذان فى حديثهم مستحب غير واجب كما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أمروا النساء فى بناتهن»[8] رواه أبو داود وحديث التى خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل أنها التى زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فتخييرها لذلك، ولأنه مما لا يشترط فى نكاح الكبيرة كالنطق، وعن أحمد لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين بغير إذنها اختلفت الرواية عن أحمد فى الجارية إذا بلغت تسع سنين فالمشهور عنه أنها كمن لم يبلغ تسعًا نص عليه فى رواية الأثرم وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وسائر الفقهاء قالوا: حكم بنت تسع حكم بنت ثمان، لأنها غير بالغة، ولأن إذنها لا يعتبر فى سائر التصرفات فكذلك فى النكاح، **والرواية الثانية:** حكمها حكم البالغة، نص عليه فى رواية ابن منصور لمفهوم الآية ولدلالة الخبرين بعمومهما على أن اليتيمة تنكح بإذنها، وإن أبت فلا جواز

---

(8) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٩٥) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٣٤) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١١٥) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ١٠٣١٠، ١٠٣١١) وإسناده ضعيف لإبهام الرجل الذى روى عنه إسماعيل ابن أمية.

أجنبيًا ثم وهبه الأجنبى للابن، ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيمـا لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول وإن ارتدت قبل الدخول فالحكم فى الرجوع فى جميعه كالحكم فى الرجوع فى النصف بالطلاق.

فـصل: فى المحجور عليه للسفه والكلام فى نكاحه فى ثلاثة أحوال: **أحدها:** أن لوليه تزويجه إذا علم حاجـته إلى النكاح، لأنه نصب لمصالحه وهذا من مصـالحه، لأنه يصون به دينه وعرضه ونفـسه فإنه ربما تعـرض بترك التزويج للإثم بالزنا والحد وهـتك العرض وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله، وسواء كانت حاجـته بالاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له، لأنه يحتـاج إلى الخلوة بها، وإن لم يكن به حاجة إليه لم يجـز تزويجه لأنه يلزمه بالنكاح حقوقًا من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعًا لماله ونفسه فى غير فائدة فلم يجـز كتبذير مالـه وإذا أراد تزويجه استأذنه فى تزويجـه، فإن زوجه بغيـر إذنه فقال أصحابنا: يصح، لأنه عقد معاوضة فـملكه الولى فى حق المولى عليه كالبيع، ولأنه محجور عليه أشبه الصـغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجـه بغير إذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجبـر على النكاح كالرشيـد والعبد الكبـير، وذلك لأن إجبـاره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار، فإنه يطلق فيلزمـه الصداق مع فوات النكاح، ولأنه قد يكون له غرض فى امرأة ولا يكون له فى أخرى، فإذا أجـبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منـها وفات عليه غرضـه من الأخرى فـيحصل مـجرد ضرر مـستغـنى عنه، وإنما جاز ذلك فى حـق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قـولهما ولم يتعذر ذلك هـــهنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد.

عليها، وقد انتفى الإذن فيما دونها فـيجب حمله على من بلغت تسعًا فعلى هذه الرواية يجوز لغير الأب تزويجـها بإذنها وحكمها حكم البـالغة فى جواز إجبارها للأب فيـه الروايتان، وقد روى الإمام أحمد بإسناده عن عائشة ﵂ أنها قالت: إذا بلغت الجارية تسع سنين فهى امرأة، ورواه القاضى بإسناده عن ابن عـمر عن النبى ﷺ (9) ومعناه والله أعلم فـى حكم المرأة، ولأنها بلغت سنًا يمكن فيه حيـضها وتحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويـجها كالبالغة إذا زوجت، وقد خطـب عمر أم كلثـوم بنت أبى بكر بعد مـوته إلى عائشـة فأجابـته وهى لِدُونَ عشر، ولأنها إنما ولدت بعد موت أبيها وإنما كـانت ولاية عمر عشرًا فكرهته الجارية فزوجها طلحة بن عبـيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقـهم على صحة تزويجها قـبل بلوغها بولاية غير أبيها.

---

(9) أخرجه الترمـذى فى «سننه» (٣/ ٤١٨) من «كتاب النكاح» باب ما جاء فى إكراه اليتـيمة على التزويج» والبيهـقى (١/ ٣٢٠) تعليقًا بدون إسناد فقال: وروينـا عن عائشة ﵂ أنها قالت «فـذكره» وقال تعنى والله أعلم فحاضت فهى امرأة.

الحال الثاني: أن للولى أن يأذن له فى التزويج فى الحالة التى للولى تزويجه فيها وهى حالة الحاجة لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف ولذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض إليه ذلك ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقًا، وقال بعض الشافعية: يحتاج إلى التعيين لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك.

ولنا: أنه إذن فى النكاح فجاز من غير تعيين كالإذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكروه ولا يتزوج إلا بمهر المثل فإن زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لأنها محاباة بماله ولا يملكها، وإن نقص عن مهر المثل جاز لأنه ربح من غير خسران.

الحال الثالث: إذا تزوج بغير إذن، فقال أبو بكر: يصح النكاح أومأ إليه أحمد، قال القاضى: يعنى إذا كان محتاجًا فإن عدمت الحاجة لم يجز، لأنه إتلاف لماله فى غير فائدة، وقال أصحاب الشافعى: إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذن كالعبد، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان.

ولنا: أنه إذا احتاج إلى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه، فأما إن تزوج من غير حاجة لم يصح، فإن وطئ الزوجة فعليه مهر المثل، لأنه أتلف بضعها بشبهة فلزمه عوض ما أتلف كما لو أتلف مالها.

10- مسألة: (وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين).

أما الثيب الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها فى قول: عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه قال: له تزويجها وإن كرهت، والنخعى قال: يزوج بنته إذا كانت فى عياله فإن كانت بائنة فى بيتها مع عيالها استأمرها، قال إسماعيل بن إسحاق: لا أعلم أحدًا قال فى الثيب بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة فإن الخنساء ابنة حذام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه[10] رواه البخارى وغيره، قال ابن عبد البر: هذا الحديث مجمع على صحته والقول به ولا نعلم مخالفًا له إلا الحسن، وكانت الخنساء من أهل قباء تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلاً من بنى عمرو بن عوف فكرهته فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر. وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر» متفق عليه وقال: «الأيم أحق بنفسها من وليها» وروى ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «ليس للولى مع الثيب أمر»[11] رواهما النسائى وأبو داود، ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل.

---

(10) أخرجه البخارى فى «كتاب النكاح» (٩/ ح٥١٣٨/ فتح) وأبو داود (٢/ ح٢١٠١) وابن ماجه (١/ ١٨٧٢) وفيه: يدعى خذامًا.

(11) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢/ ح٢١٠٠) والنسائى (٦/ ٣٢٦٣) وإسناده صحيح.

فصل: وليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه، سواء كان ممن يملك التزويج كوصى الأب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه، لا نعلم فى هذا خلافًا، فأما الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون، فقد قال أحمد فى رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم إن الأبوين كرها هل لهما أن يفسخا فقال: فقد اختلف فى ذلك وكأنه رآه، قال أبو بكر: لم يبلغنى عن أبى عبد الله فى هذه المسألة إلا هذه الرواية فتتخرج على قولين:

فصل: فأما الثيب الصغيرة ففيها وجهان: **أحدهما:** لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقى واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضى ومذهب الشافعى لعموم الأخبار، ولأن الإجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر كما اختلف فى صفة الإذن، ولأن فى تأخيرها فائدة وهى أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر إذنها بخلاف البكر، **الوجه الثانى:** أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر عبد العزيز وهو قول مالك وأبى حنيفة لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية، ثم الغلام يجبر إذا كان صغيرًا فكذلك هذه، والأخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق من وليها، والصغيرة لا حق لها ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع يزوجها وليها بإذنها، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا فى البكر والله أعلم.

11- مسألة: **(وللسيد تزويج إمائه الثيبات والأبكار وعبيده الصغار بغير إذنهم)**.

لا نعلم خلافًا فى السيد إذا زوج أمته بغير إذنها أنه يصح ثيبًا كانت أو بكرًا صغيرة أو كبيرة، وذلك لأن منافعها مملوكة لها والنكاح عقد على منفعة فأشبه عقد الإجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها ولهذا فارقت العبد ولأنه ينتفع بذلك لما يحصل له من مهرها وولدها وتسقط عنه نفقتها وكسوتها بخلاف العبد والمدبرة والمعلق عتقها بصفة أم الولد، كالأمة فى إجبارها على النكاح، وقال مالك فى آخر أمره: ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة، وللشافعى قولان وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

ولنا: أنها مملوكته يملك الاستمتاع بها وإجارتها فملك تزويجها كالقن إذا ملك أخته من الرضاع أو مجوسية فله تزويجها، وإن كانتا محرمتين عليه لأن منافعهما ملكه وإنما حرمتا عليه لعارض، فأما التى بعضها حر فلا يملك إجبارها، لأنه لا يملك إجبار المكاتبة لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك إجبارها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل إليه مهرها.

فصل: إذا اشترى عبده المأذون له وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها وإعتاقها، نص عليه أحمد وذكره أبو بكر، وقال: وللسيد وطؤها، وقال الشافعى: ليس له شىء من ذلك لما فيه من الإضرار بالغرماء وأصل الخلاف ينبنى على دين المأذون له فى التجارة فعندنا يلزم العبيد فلا يلحق الغرماء ضرر ويتصرف السيد فى الأمة، فإن الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين تعلق بالعبد بما فى يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا مذكور فى موضعه.

أحدهما: يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة، لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البضع فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهمًا كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار.

والقول الثاني: لا يملك ذلك، وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لقول النبى ﷺ: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»(١٢٤) ولأنه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كوصى الأب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير، وبهذه الأصول يبطل دليل القول الأول.

فصل: وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيبًا يرد به النكاح، لأنه يؤثر فى الاستمتاع، وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعُنَّة والامتناع من الفيئة دون السيد وفارق بيعها لمعيب، لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة عليه ولم تملك الفسخ لعيبه ولعنته ولا إيلائه فإن زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين: فإن قلنا: يصح فلها الفسخ فإن كانت صغيرة فهل لها الفسخ فى الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ومذهب الشافعى هكذا فى هذا الفصل كله.

فصل: وللسيد تزويج عبده الصغير بغير إذنه فى قول أكثر أهل العلم إلا أن بعض الشافعية قال فيه قولان، وقال أبو الخطاب: يحتمل أن لا يملك تزويجه.

ولنا: أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه إياه وتمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم فى عبده الصغير المجنون.

12- مسألة: (ولا يملك إجبار عبده الكبير إذا كان عاقلاً).

وبهذا قال الشافعى فى أحد قوليه، وقال مالك وأبو حنيفة: له ذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (النور: ٣٢) ولأنه يملك رقبته فملك إجباره على النكاح كالأمة، ولأنه يملك إجارته فأشبه الأمة.

ولنا: أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولأن النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى وإنما يزوجن عند الطلب، ولأن مقتضى الأمر الوجوب، وإنما يجب تزويجه عند طلبه، وأما الأمة فإنه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الإجارة، لأنها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها ويحتمل مثل ذلك فى الصغير أيضًا قياسًا على الكبير ويقوى الاحتمال فى حق المميز إذا قلنا بصحة طلاقه، لأنه عاقل مميز يملك الطلاق أشبه البالغ.

فصل: والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لا وسواء باشر العقد بنفسه أو أذن لعبده فعقده مأذونًا له فى التجارة أو محجورًا عليه، نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك

---

(١٢٤) أخرجه ابن ماجه (١/ ٢٠٨١) وفى الزوائد فى إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف، والبيهقى فى «سننه» (٧/ ٣٦٠) من «كتاب النكاح» باب «طلاق العبد بغير إذن سيده» وفى إسناده أبو الحجاج المهدى، وهو رشدين بن سعد المصرى وهو ضعيف.

فـصل: **وإذا ادعت امرأة المجنون عنته لم تضرب له مدة،** لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ولا حكم لإقـراره، وإن أقر بالعنة وهـو صحـيح فضـربت له المـدة ثم جن وانقضت المـدة وطالبت المرأة بالفـسخ لم يفسخ، لأنها إن كـانت ثيبًا فـالقول قوله، وإن كـانت بكرًا فادعى منعها إياه نـفسها وأنه وطئهـا فعادت عذرتهـا فله استحلافهـا، فإذا كان لا يعبـر عن نفسه لم يستحلف ولا يثبت ما قالته فلم يفسخ عليه.

يتعلق بكسبه، فإنه قال نفـقته من ضريبته، وقيل: إن كان بقيمة ضـريبته أنفق عليها ولا يعطى المولى، وإن لم يكن عنده ما ينفق تفرق بينهمـا، وهذا قول الشافعى، وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المـهر والنفقة أوجبهمـا عليه، وإن لم يكن للعبد كسب وليس للمـرأة الفسخ لعدم كسب العبد، وللسيـد استخدامه ومنعه الاكتساب ومن علقه بكـسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ، وليس للسيد منعه من التكسب.

ولنا: أنه حق تعلق بالعقـد برضا سيده فـتعلق بسيده وجـاز بيعه فيه كـما لو رهنه بدين، فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسـقط المهر عن السيد، نص عليه، لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعـه وعتقه كأرش جنايته فأما النفـقة فإنها تتجدد فتكون فى الزمن المـستقبل على المشترى أو على العبد إذا عتق.

فـصل: **ويجوز أن يتزوج السيـد لعبده بإذنه،** وأن يأذن للعبد فيـتزوج لنفسه لأنه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مـباشرة العقد كالحـر ويجوز أن يأذن له مطلقًا ومعـينًا فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قـبيلة أو حرة أو أمة فيتـزوج غيرها لم يصح، لأنه متصـرف بالإذن فينفذ تصرفه فيما أذن له فيه كـالوكيل، وإن أذن له مطلقًا فله أن يتزوج من شاء لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فلسـيده منعه من الخـروج إليها، وإن كانت فى البـلد فعلى سيده إرسـاله ليلاً للاستمتاع، وإن أحب سيده أن يسكنهـا فى مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه إرساله نهارًا، لأنه يحتاج إلى استخدامه وليس النهار محلاً للاستمتاع غالبًا ولسيده السفر به، فإن حق امـرأة العبد عليـه لا يزيد على حق امرأة الحـر والحر يملك السفـر وإن كرهت امرأته كذا ههنا.

فصل: **وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق،** فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الإطلاق أو دونه لزم المسمى، وإن تزوج أكثـر من ذلك لم تلزم الزيادة وهل يتعلق برقبة العبد أو ذمتـه يتبع بها بعد العتق؟ على روايتين على اسـتدانة العبد المحجـور عليه وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الحجر.

فصل: وإذا تزوج أمة ثم اشتراها بإذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك فى نكاحه، وإن اشتراها لنفسه وقلنا: إنه لا يملك بالتمليك انفسخ النكاح كـما لو اشترى الحر امرأة وله وطؤها بملك اليمين بإذن سيده فإن كان بعضه حرًا فاشتراها فى ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لأنه

١١٢٥- **مسألة:** قال: (وإذا زوج أمته بغير إذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة).

لا نعلم فى هذا خلافًا، وذلك لأن منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الإجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد، ولأنه ينتفع بتزويجها لما يحصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد.

ملكها وحلت له بملك يمينه، وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لأنه لا يملك جميعها وإن اشتراها بعين مال مشتركة بينه وبين سيده بغير إذنه، وقلنا: إنه لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله، وإن قلنا بتفريقها صح فى قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها.

فصل: وليس لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها إلا المجنونة لهم تزويجها إذا ظهر لهم منها الميل إلى الرجال وليس لسائر الأولياء غير الأب تزويج كبيرة بغير إذنها جداً كان أو غيره، وبه قال مالك وأبو عبيدة والثورى وابن أبى ليلى، وهو قول الشافعى إلا فى الجد فإنه جعله كالأب، فإن ولايته ولاية إيلاد فملك الإجبار كالأب.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا: يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت»[12] متفق عليه، ولأن الجد قاصر عن الأب فلم يملك الإجبار كالعم، ولأنه يدلى بغيره فأشبه سائر العصبات، وفارق الأب فإنه يدلى بغير واسطة ويسقط الجد ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقى فى زوج وأبوين أو امرأة وأبوين، فأما المجنونة فلهم تزويجها إذا ظهر لهم منها الميل إلى الرجال، ذكره أبو الخطاب، وقال القاضى: لا يزوجها إلا الحاكم، لأنه الناظر لها فى مالها دونهم فيجب أن يختص بالولاية، ووجه الأول أن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم لو كانت عاقلة فكذلك إذا كانت مجنونة، وقال الشافعى: لا يجوز تزويجها إلا أن يقول أهل الطب: إن علتها تزول بذلك.

ولنا: أنها محتاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل النفقة والمهر فجاز تزويجها تحصيلاً لهذه المصالح كغيرها.

فصل: فى تزويج المجنونة: إن كانت ممن يجبر أو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها، لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى، وإن كانت ممن لا يجبر فهى ثلاثة أقسام: **أحدها:** أن يكون وليها الأب أو وصية كالبنت الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها، ذكره القاضى، وهو ظاهر كلام الخرقى ولأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى، وهذا قول الشافعى وأبى حنيفة ومنع منه أبو بكر، لأنها ولاية إجبار وليس على البنت ولاية إجبار، والأول أصح فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة بحصول المباشرة

---

(12) تقدم برقم (5).

فـصل: والمدبرة والمعلق عتقها بصـفة وأم الولد كالأمة القن فى إجبارها على النكاح، وقال مالك آخـر أمره: ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكـرهه ربيعة، وللشافعى فـيه قولان لأنه لا يملك التصرف فى رقبتها فكذلك لا يملك تزويجها بغير إذنها كأخته.

ولنا: أنها ممـلوكته يملك الاستمـتاع بها وإجازتهـا فملك تزويجها كـالقن ولأنها إحدى منفعتيها فملك أحـد عوضيها كسائر منافعها، وما ذكروه يبطل بابنته الصـغيرة لا يملك رقبتها ويملك تزويجها، وإذا ملك أخته من الـرضاع أو مجوسية فله تزويجهما، وإن كانتـا محرمتين عليه، لأن منافعهـما ملكه، وإنما حرمتا عليـه لعارض فأما التى بعضها حـر فلا يملك سيدها إجبارها، لأنه لا يملك جمـيعها ولا يملك إجبار المكاتبة، لأنهـا بمنزلة الخارجة عن ملكه، ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل إليه مهرها فهى كالعبد.

منها والخيرة، وهذه بخلاف ذلك، وكذلك الحكم فى البنت الصغيرة إذا قلنا بعدم الإجبار فى حقها إذا كانت عاقلة القسم الثانى: أن يكون وليها الحاكم، وفيها وجهان: أحدهما: ليس له بحال، لأن هذه ولاية إجبار فلا يثبت لغير الأب بحال عضلها، والثانى: له تزويجها إذا ظهر منها شهـوة الرجال كبيـرة كانت أو صغيـرة، وهو اختيار ابن حامـد وأبى الخطاب وقول أبى حنيفـة، لأن لها حاجة إليه لـدفع ضرر الشهوة عنهـا وصيانتها عـن الفجور وتحصيـل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل إلى إذنهـا فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها، وكذلك ينبـغى أن يملك تزويجـها إن قـال أهل الطب: علتهـا تزول بتـزويجهـا، لأن ذلك من أعظم مصالحـها، وقال الشافعى: لا يملك تزويج صـغيرة بحال ويملك تزويج الكبـيرة إذا قال أهل الطب: إن علتها تزول بتزويجها.

ولنا: أن المعنى المبيح للتزويج وجد فى حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا أظهرت شهوة الرجال فـفى تزويجها مصلحتها ودفع حـاجتها، وتعرف شهوتها من كـلامها من قرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها إليهم وأشباه ذلك القسم الثالث: من وليها غير الأب والحاكم، فقال: القاضى: لا يزوجها إلا الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثانى على ما بينا، وقال أبو الخطاب: لهم تزويجـها فى الحـال التى يملك الحـاكم تزويج موليـته فـيها، وهذا قـول أبى حنيفة، لأن ولايتهم مقـدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه فى التزويـج كما لو كانت عاقلة، ووجه قول القاضى أن الحاكم هو الناظر فى مالها دونهم فكان وليًا دونهم كتزويج أمتها، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعرى، فإن كان وصيًا فى مالها لم يملك تزويجها، لأنه لا ولايـة له والحكم فى تزويجها حكم من وليها غـير الأب والحاكم كما ذكرناه.

13- **مسألة:** (وليس لهم تزويج صغيرة بحال).

لما روى أن قـدامة بن مظعون زوج ابنة أخيـه من عبد الله بن عمـر فرفع ذلك إلى النبى

فـصل: فإن طلبت الأمة من سيدها تزويجها فإن كان يطؤها لم يجبر على تزويجها، لأن عليه ضرراً فـي تزويجها، ووطؤه لها يدفع حـاجتها، فإن كـان لا يطؤها لكونها محـرمة عليه كالمجـوسية وأخته من الرضاع أو مـحللة له لكن لا يرغب فى وطئها أجبـر على تزويجها أو وطئها إن كـانت محللة له وإزالة ملكه عنها، لأنه وليهـا فأجبر على تزويجهـا كالحرة، ولأن حاجتها قد تشتد إلى ذلك فأجبر على دفـعها كالإطعام والكسوة وإذا امتنع أجبره الحاكم، وإن طلبت منه من نصفها حـر أو المكاتبة أو أم الولد التزويج أجبر عليه، لأنه وليـهن فأجبر على تزويجهن كالحرائر.

فـصل: وإذا اشترى عبده المأذون أمة وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها وإعتاقها، نص عليه أحمد وذكره أبو بكر، وقال: للسيد وطؤها، وقال الشافعى: ليس له شىء من ذلك لما فيـه من الإضرار بالغرماء، وأصل الـخلاف ينبنى على دين المأذون له فى التجـارة فعندنا يلزم السيد فـلا يلحق الغرماء ضرر بتصـرف السيد فى الأمة فإن الديـن ما تعلق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبما فى يده فيلحقهم الضرر، والكلام على هذا يذكر فى موضعه.

ﷺ : فقال: «إنها يتيمـة ولا تنكح إلا بإذنها» لا إذن لهؤلاء، وعن أحمد أن لهم ذلك ولها الخيار إذا بلغت، وهو قـول الحسن وعمر بن عـبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شـبرمة والأوزاعى وأبى حنيفة، وقال هؤلاء عن أبى حنيفة: إذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيار إذا بلغا، لقـول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ (النسـاء: ٣) مفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيمة التى لم تبلغ لقول النبى ﷺ «لا يتم بعد احتلام»[13] قال عروة: سألت عائشة عن قول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ ﴾ قالت: يا بن أختى هذه اليتيمة تكون فى حجر وليها يعجبه مالها وجمالها يريد أن يتزوجهـا بغير أن يقسط فى صـداقها فيـعطيها مثل ما يـعطيها غيره نهـوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ويبلغـوا أعلى سنتهن فى الصداق[14] متفق عليه، وروت عـائشة أن جارية بكراً زوجها أبوها وهى كارهة فخـيرها النبى ﷺ الحديث مرسل(*) **والثالـثة:** لهم تزويجـها إذا بلغت تسع سنين لقول رسول الله ﷺ : «تستأمر اليتيمة فى نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها»[15] رواه أبو داود وقد انتفى الإذن فيمن لم تبلغ تسع سنين فيجب حمله على من بلغت تسعاً.

---

(13) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٧٣) وإسناده صحيح، وأحمد (١/ ٢٩٤) بنحوه.

(14) أخرجه البخـارى فى كتاب الشركة (٥/ ٢٤٩٤/ فتح) وفى النكاح (٩/ ٥٠٦٤) ومسلم (٤/ التـفسير ٦/ ٢٣١٣، ٢٣١٤).

(*) روت عائشة أن جارية بكراً زوجها أبوها وهى كارهة فخيرها النبى ﷺ .

(15) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ١٣٠) وإسناده صحيح.

فصل: وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيبًا يرد به فى النكاح، لأنه يؤثر فى الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع، ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة عليه ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عنته ولا إيلائه، وإن زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا: يصح فلها الفسخ، وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ فى الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين، ومذهب الشافعى هكذا فى هذا الفصل كله.

١١٢٦- **مسألة:** قال: (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز إلا أن يكون صغيرًا).

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين: **أحدهما:** أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح، وبهذا قال الشافعى فى أحد قوليه، وقال مالك وأبو حنيفة: له ذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ (النور: ٣٢) ولأنه يملك رقبته فملك إجباره على النكاح كالأمة ولأنه يملك إجارته، فأشبه الأمة.

ولنا: أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر، ولأن النكاح خالص حقه ونفعه له، فأشبه الحر، والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى وإنما يزوجن عند الطلب، ومقتضى الأمر الوجوب وإنما يجب تزويجه عند طلبه، وأما الأمة فإنه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الإجارة، لأنها عقد على منافع بدنه، وهو يملك استيفاءها.

فصل: ويستحب للأب استئذان ابنته البكر، لأن النبى ﷺ أمر به ونهى عن الإنكاح بدونه، وأقل أحوال ذلك الاستحباب، ولأن فيه تطييب قلبها وخروجًا من الخلاف، وقالت عائشة: سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها تستأمر أم لا؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم، تستأمر» وقال رسول الله ﷺ: «استأمروا النساء فى أبضاعهن، فإن البكر تستحى فتسكت فهو أذنها»(16) متفق عليهما، وروى عن عطاء قال: كان النبى ﷺ يستأمر بناته إذا أنكحهن، قال: كان يجلس عند خدر المخطوبة، فيقول: «إن فلانًا يذكر فلانة» فإن حركت الخدر لم يزوجها، وإن سكتت زوجها(17)، ويستجب استئذان المرأة فى تزويج ابنتها لقول النبى ﷺ: «آمروا النساء فى بناتهن» ولأنها تشاركه فى النظر لبنتها وتحصيل المصلحة لها لشفقتها عليها، وفى استئذانها تطييب قلبها وارضاؤها فيكون أولى.

14- **مسألة:** (وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات).

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى أن إذنها الكلام للخبر، وإن اللسان هو المعبر

---

(16) **الأول:** أخرجه مسلم (٢/ نكاح/ ٦٥/ ١٠٣٧).

الثانى: أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ٥١٣٧) مختصرًا، وفى الحيل (١٢/ ٦٩٧) بنحوه.

(17) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦/ ٧٨) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ١٤١، ١٤٤) وإسناده ضعيف.

الفصل الثاني: في العبد الصغير الذي لم يبلغ فللسيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم إلا أن بعض الشافعية قال: فيه قولان، وقال أبو الخطاب: يحتمل ألا يملك تزويجه.

ولنا: أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه له وتمام ولايته عليه أولى، وكذلك الحكم في عبده المجنون.

فصل: والمهر والنفقة على السيد، سواء ضمنهما أو لم يضمنهما، وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده، وسواء كان مأذونًا له في التجارة أو محجوراً عليه، نص عليه أحمد، وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه، فإنه قال: نفقته من ضريبته، وقال: إن كان بقيمة ضريبته أنفق عليها ولا يعطى المولى، وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما، وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه، وإن لم يكن للعبد كسب، وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد، وللسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ، وليس للسيد منعه من الكسب.

ولنا: أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده فتعلق بسيده وجازه بيعه فيه كما لو رهنه بدين، فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه، لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كأرش جنايته، فأما النفقة فإنها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد إذا أعتق.

فصل: ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بإذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه، لأنه

عما في القلب، وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم الصمت فيها مقامه لعارض، وأما البكر فإذنها صماتها في قول عامة أهل العلم، منهم: شريح والشعبي والنخعي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة، ولا فرق بين كون الولي أبًا أو غيره، وقال أصحاب الشافعي: في صمتها في حق غير الأب وجهان: أحدهما: لا يكون إذنًا، لأن الصمات عدم الإذن فلا يكون إذنًا، ولأنه محتمل للرضا وغيره فلا يكون إذنًا كما في حق الثيب، وإنما اكتفى به في حق الأب، لأن رضاها غير معتبر، وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن إضافته إليه وجعله مذهبًا له مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله ﷺ، ولا يعرج منصف على هذا القول، وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ، أنه قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا يا رسول الله: فكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت» وفي رواية عن عائشة أنها قالت: يا رسول الله إن البكر تستحي قال: «رضاؤها صمتها» متفق عليه، وفي رواية: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها» وهذا صريح في غير ذات الأب، والأخبار في هذا كثيرة، ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالإذن ولا تستحي من آبائها وامتناعها، فإذا سكتت غلب على الظن أنه كرضاها فاكتفي به، وما ذكروه يفضي إلى أن لا يكون صمتها إذنًا في حق الأب

مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر، ويجوز أن يأذن له مطلقًا ومقيدًا، فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح، لأنه متصرف بالإذن فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل وإن أذن له مطلقًا فله أن يتزوج من شاء، لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فللسيد منعه من الخروج إليها، وإن كانت فى البلد فعلى السيد إرساله ليلاً للاستمتاع وإن أحب سيده أن يسكنها فى مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه إرساله نهارًا لأنه يحتاج إلى استخدامه وليس النهار محلاً للاستمتاع ولسيده المسافرة به فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر، والحر يملك المسافرة وإن كرهت امرأته كذا هٰهنا.

فصل: وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق، فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الإطلاق أو دونه لزم المسمى، وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة، وهل تتعلق برقبة العبد أو بذمته يتبع بها بعد العتق؟ على روايتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه، وقد ذكر فى باب المُصَرَّاة(١٢٥).

فصل: وإن تزوج أمة ثم اشتراها بإذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك فى نكاحه وإن اشتراها لنفسه وقلنا: إن العبد لا يملك بالتمليك فكذلك، وإن قلنا: يملك بالتمليك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر امرأته، وله وطؤها بملك اليمين إذا أذن له السيد فإن كان نصفه حرًا فاشتراها فى ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه، لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له، لأنه لا يملك جميعها وإن اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه، وقلنا: لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله، وإن قلنا: بتفريقها صح فى قدر ماله، وانفسخ النكاح لملكه بعضها.

أيضًا، لأنهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون إذًا ردًا على النبى ﷺ بالكلية وإطراحًا للأخبار الصريحة الجلية وخرقًا لإجماع الأمة.

فصل: فإن أذنت بالنطق فهو أبلغ وأتم، وإن ضحكت أو بكت فهو بمنزلة سكوتها، وقال أبو يوسف ومحمد: إن بكت فليس بإذن، لأنه يدل على الكراهة وليس بصمت فيدخل فى عموم الحديث.

ولنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن أبى هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «تستأمر اليتيمة فان بكت أو سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها» ولأنها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان إذنًا منها كالصمات والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت فإنها لا تستحى من الامتناع، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن وبمعناه على ما فى معناه من الضحك والبكاء ولذلك أقمنا الضحك مقامه.

---

(١٢٥) بناء على استدانة العبد المحجور عليه، وقد ذكر فى باب المصراة.

فصل: وإن اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح، لأن ملك النكاح واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكًا لمالكه، ولأن المرأة تقول: أنفق على لأننى امرأتك وأنا أسافر بك لأنك عبدى، ويقول هو: أنفقى على لأننى عبدك، وأنا أسافر بك لأنك امرأتى فيتنافى ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح، لأنه أضعف، ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وله عليها الثمن فإن كانا دينين من جنس تقاصا وتساقطا، وإن كانا متساويين، وإن تفاضلا سقط الأقل منهما بمثله وبقى الفاضل، وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا، وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يسقط مهرها، لأنه دين فى ذمة العبد فإذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين فى ذمة عبدها كما لو أتلف لها مالاً، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد فى إسقاطه.

وذكر القاضى فيه وجهًا أنه يسقط، لأن ثبوت الدين فى ذمة السيد تبع لثبوته فى ذمة العبد فإذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعًا كالدين الذى على الضامن إذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا فى المذهب، ولأنه ثبت فى الذمتين جميعًا إحداهما تبعًا للأخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها، وفى سقوط باقيه وجهان: **أحدهما:** لا يسقط، لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع فالفسخ إذًا من جهته فلم يسقط جميع المهر كالخلع.

والثانى: يسقط، لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة، فأشبه الفسخ بالعيب فى أحدهما وفسخها لإعساره وشراء الرجل لامرأته.

فصل: فإن ابتاعته بصداقها صح، نص عليه أحمد وذكر أبو بكر والقاضى، ويرجع عليها بنصفه إن قلنا: يسقط نصفه، أو بجميعه إن قلنا: يسقط جميعه، ويحتمل-أن لا يصح البيع وهو قول أصحاب الشافعى، لأن ثبوته يقتضى نفيه فإن صحة البيع تقتضى فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضى بطلان البيع، لأنه عوض ولا يصح بغير عوض.

15- **مسألة:** (ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح أو محرم).

وجملته أن الثيب المعتبر نطقها هى الموطوءة فى القبل سواء كان الوطء مباحًا أو محرمًا، وهذا مذهب الشافعى، وقال مالك وأبو حنيفة فى المصابة بالفجور: حكمها حكم البكر فى إذنها وتزويجها، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء من الشىء، ولا يزول إلا بمباشرته وهذه لم تباشر الإذن فى النكاح فبقى حياؤها منه بحاله.

ولنا: قوله ﷺ: «البكر تعرب عن نفسها» ولأن قوله ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت» يدل على أنه لا بد من نطق الثيب، لأنه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذنًا لأحدهما فوجب أن يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب،

ولنا: أنه يجوز أن يكون ثمنًا لغير هذا العبد فـجاز أن يكون ثمنًا له كغيره من الديون وما سقط منه «يرجع عليه به»(١٢٦).

١١٢٧- **مسألة:** قال: **(فإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)**.

وجــملة ذلك: أنه إن كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهـما فى تزويجها جاز سواء أذنت فى رجل معين أو مطلقًا، فقـالت: قد أذنت لكل واحد من أوليائى فى تزويجى من أراد فإذا زوجها الولـيان لرجلين وعلم السابق منهما فالنـكاح له دخل بها الثانى أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهرى وقتـادة وابن سيرين والأوزاعى والثورى والشافعى وأبى عبـيد وأصحاب الرأى، وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثانى فإن دخل بها الثانى صار أولى لقول عمر: إذا أنكح الوليان فـالأول أحق ما لم يدخل بها الثـانى، ولأن الثانى اتصل بعقـده القبض فكان أحق.

ولنا: مـا روى سمرة وعـقبـة عن النبى ﷺ أنه قال: «أيمـا امرأة زوجـها وليـان فهى للأول»(١٢٧) أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذى وأخرجه النسائى عنه وعن عقبة، وروى نحو ذلك عن على وشريح(١٢٨)، ولأن الثانى تزوج امرأة فى عصمة زوج فكان باطلاً كما لو علم أن لهـا زوجـًا، ولأنه نـكاح باطل لو عـرى عن الدخـول فكان باطـلاً وإن دخل كنكاح المعتـدة والمرتد وكما لو علم، فـأما حديث عمر ﷺ فلم يصـححه أصحـاب الحديث وقد

فإن الثيب الموطوءة فى القبل، وهذه كذلك، ولأنه لو وصى لثيب النساء دخلت فى الوصية، ولو وصى للإبكار لم تدخل ولو شـرطها فى التـزويج أو الشراء فـوجدها مصـابة بالزنا ملك الفسخ، ولأنها موطوءة فى القبل أشبهت الموطوءة بشـبهة، والتعليل بالحياء لا يصح فإنه أمر

---

(١٢٦) وفى نسخة: أرجع عليها به.

(١٢٧) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٠٨٨) والتـرمذى (٣/ ١١١٠) والنسائى (٧/ ٤٦٩٦) من حديـث سمرة بن جندب والدارمى (٢/ ٢١٩٣) من طريق الحسن شاكًا، فقال: عن عـقبة بن عامر أو سمرة بن جندب وأيضًا أخـرجه برقم (٢١٩٤) عن الحسنْ عن سـمرة بنحوه، وأخرجـه البيهـقى فى «السنن الكبرى» (١٣٩/٧، ١٤٠) من حـديث عقـبة بن عـامر وسـمرة بن جندب والنسـائى فى «سننه» (٣/ ٢٨٦، ٢٨٧) والحديث رجاله ثقات إلا أن الحسن لم يصرح بالتـحديث عن سمرة بن جندب، وهو مشهور بالتدليس كما قال الحافظ فى «التقريب».

(١٢٨) **أما حـديث على:** فأخرجه البيهـقى فى «سننه» (٧/ ١٤١) وهو موقوف من طريق حلاس عن على، وإسناده رجاله ثقات إلا أنه منقطع، فـإن حلاسًا لم يسمع من على، وابن أبى شيبـة فى «مصنفه» من «كـتـاب النكاح» باب «الوليين يزوجـان» (٣/ ٣/ ٢٨٠) من طريق إبراهيم عـن على وهو ابن يزيد النخعى وهو أيضًا لم يدرك عليًا.

وأما حديث شريح: فقد أخرجه ابن أبى شيبة من كتاب النكاح باب «الوليين يزوجان» (٣/ ٦/ ٢٨٠) وفيه قال: «تخير».

خالفه قول على رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبى ﷺ وما ذكروه من القبض لا معنى له، فإن النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل بسائر الأنكحة الفاسدة.

فصل: إذا استوى الأولياء فى الدرجة كالإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم لأن النبى ﷺ لما تقدم إليه محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم، فقال النبى ﷺ: «كبر كبر»(١٢٩) أى: قدم الأكبر قدم الأكبر فتكلم حويصة، وإن تشاحوا ولم يقدموا الأكبر أقرع بينهم، لأن حقهم استوى فى القرابة، وقد كان النبى ﷺ إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوى حقوقهن(١٣٠) كذا ههنا، فإن بدر واحد منهم فزوج كفؤًا بإذن المرأة صح وإن كان هو الأصغر المفضول الذى وقعت القرعة لغيره لأنه تزويج صدر من ولى كامل الولاية بإذن موليته فصح كما لو انفرد، وإنما القرعة لإزالة المشاحة.

١١٢٨- **مسألة:** قال: **(فإن دخل بها الثانى وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثانى).**

أما إذا علم الحال قبل وطء الثانى لها فإنها تدفع إلى الأول ولا شىء على الثانى، لأن عقده عقد فاسد لا يوجب شيئًا، وإن وطئها الثانى وهو لا يعلم فهو وطء بشبهة يجب لها به المهر وترد إلى الأول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضى عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء ولم تحمل، نص عليه أحمد وهو قول قتادة والشافعى وابن المنذر وقال أحمد رحمه الله لها صداق بالمسيس وصداق من هذا ولا يرد الصداق الذى يؤخذ من الداخل بها على

خفى لا يمكن اعتباره بنفسه، وإنما يعتبر بمظنته وهى البكارة ثم هذا التعليل يفضى إلى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلاً فى نفسه، ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة، وعلى هذا ليس لأبيها إجبارها إذا كانت بالغة، وفى تزويجها إن كانت صغيرة وجهان، قولهم إنها لم تباشر الإذن، قلنا: يبطل بالموطوءة بشبهة وبملك يمين والمزوجة وهى صغيرة.

---

(١٢٩) أخرجه البخارى فى الجزية (٦/ ٣١٧٣/ فتح) مختصراً وفى الأدب (١٠/ ٦١٤٣/ فتح) وفى الأحكام (١٣/ ٧١٩٢/ فتح) ومسلم (٣/ قسامة/ ١، ٢/ ١٢٩١، ١٢٩٢)، وأبو داود (٤/ ٤٥٢٠، ٤٥٢١) والترمذى (٣/ ١٤٢٢) والنسائى (٨/ ٤٧٢٤) وابن ماجه (٢/ ٢٦٧٧) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٨٩٢، ٨٩٣).

(١٣٠) أخرجه البخارى فى الهبة (٥/ ٢٥٩٣/ فتح) ومسلم (٤/ فضائل الصحابة/ ٨٨/ ١٨٩٤) وأيضًا برقم (٤/ توبة/ ٥٦/ ٢١٢٩، ٢١٣٠) وأبو داود (٢/ ٢١٣٨) وابن ماجه (١/ ١٩٧٠) (٢/ ٢٣٤٧) والدارمى (٢/ ٢٢٠٨) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ١١٤، ١١٧، ١٦٩).

الذي دفعت إليه، وذلك لأن الصـداق فى مقابلة الاستمـتاع بها فكان لها دون زوجهـا كما لو وطئت بشبـهة أو مكرهة، ولا يحتـاج هذا النكاح الثانى إلى فسـخ، لأنه باطل ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج، لأنه نكاح باطل لا حكم له، ويجب مهر المثل لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية، وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى، قال القاضى: هو قياس المذهب والأول أصح لما قلناه، والله أعلم.

١١٢٩- مسألة: قال: **(فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان)**.

وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه أو يعلم بعينه ثم يشك فـالحكم فى جميعها واحد، وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعًا، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهمـا، وهذا قول أبى حنيفة ومالك وعن أحـمد رواية أخرى: أنه يقرع بينهـما فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القـارع نكاحه، فإن كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئًا، وإن كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقـه، وصارت زوجة هذا بعقده الثانى، لأن القرعة تدخل التميز بالحقوق عند التساوى كالسفر بإحدى نسائه والبداءة بالمبيت عند إحداهن وتعيين الأنصباء فى القسمة.

وقال الثورى وأبـو ثور: يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحـد منهما طلقـة فإن أبيا فرق بينهما، وهذا قريب من قولنا الأول، لأنه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق، وقال الشـافعى وابن المنذر: النكاح مفسوخ لأنه تعـذر إمضاؤه، وهذا لا يصح فإن العقد الصحيح لا يبطل بمـجرد إشكاله كما لو اختلف المتبايعان فى قـدر الثمن فإن العقد لا يزول إلا بفسخه كـذا هـهنا، وقد روى عن شريح وعمر بن عبد العـزيز وحماد بن أبى سلمان أنها تخير فأيهمـا اختارته فهو زوجها وهذا غير صحيح فـإن أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير

16- مسألة: **(فأما زوال البكارة بأصبع أو وثبة فلا يغير صفة الأذن)**.

إذا ذهبت بكارتها بـغير الوطء كـالوثبة أو شدة حـيضة أو أصـبع أو عود فحكمـها حكم الإبكار ذكره ابن حامد، لأنها لم يجر المقصود ولا وجد وطؤها فى القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها وكذلك لو وطئت فى الدبر، لأنها غير موطؤة فى القبل.

فـــصل: إذا اختلف الزوج والمـرأة فى إذنها قبل الدخول فـالقول قولها فى قـول أكثر الفقـهاء، وقـال زفر، فى الثـيب كقـول الجماعـة وفى البكر القول قـول الزوج، لأن الأصل السكوت، والكلام حادث والزوج يدعى الأصل، والقول قوله.

ولنا: أنهـا منكرة للإذن والقـول قـول المنكر، ولأنـه يدعى أنهـا استـؤذنت وسـمـعت فصمتت، والأصل عـدم ذلك وهذا جواب عن قوله، وإن اختلفا بعد الدخـول، فقال القاضى قول الزوج، لأن التـمكين من الوطء دليل على الأذن وصحة البكارة فكان الظاهر مـعه، وهل

بينهما كما لو لم يعقد إلا أحدهما كما لو أشكل على الرجل امرأته فى النساء أو على المرأة زوجها، إلا أن يريدوا بقولهم إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعًا وبفسخ أحد النكاحين عن فسخهما، فإن أبت أن تختار لم تجبر وكذلك ينبغى أنه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه لأنه لا يعلم أنه زوجها فيتعين إذًا فسخ النكاحين ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما فى الحال إن كان قبل الدخول، وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضى عدتها من وطئه.

تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضى: قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وأبو يوسف ومحمد تستحلف فإن نكلت، فقال أبو يوسف ومحمد: ثبت النكاح، وقال الشافعى: يستحلف الزوج ويثبت النكاح.

ولنا: أنه اختلاف فى زوجيته فلا يثبت بالنكول كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت وأنكرته ورثة الزوج فالقول قولها، لأنه اختلاف فى أمر مختص بها صادر من جهتها فكان القول قولها فيه كما لو اختلفوا فى نيتها تعتبر فيما فيه نيتها ولأنها تدعى صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها.

فصل: فى المحجور عليه للسفه والكلام فى نكاحه فى ثلاثة أحوال:

أحدها: أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح، لأنه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه، لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه، فإنه ربما تعرض بترك التزويج للإثم بالزنا الموجب الحد وهتك العرض، وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله، وسواء كانت حاجته إلى الاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له، لأنه يحتاج إلى الخلوة بها، وإن لم يكن به حاجة إليه لم يجز تزويجه، لأنه يلزمه بالنكاح حقوق من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعًا لماله ونفسه فى غير فائدة فلم يجز كتبذير ماله، وإذا أراد تزويجه استأذنه فى تزويجه، فإن زوجه بغير إذنه، فقال أصحابنا: يصح، لأنه عقد معاوضة فملكه الولى فى حق المولى عليه كالبيع، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير إذنه، لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير، وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح، ولأنه قد يكون له غرض فى امرأة ولا يكون له فى أخرى فإذا أجبر على من يكرهها لم يحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه، وإنما جاز ذلك فى حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولهما، ولا يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد، **الحال الثانى:** أن

فصل: فإن ادعى كل واحد منهما أننى السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قوليهما، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها، نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعى: يقبل كما لو أقرت ابتداء.

ولنا: أن الخصم فى ذلك هو الزوج الأخير فلم يقبل إقرارها فى إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق، وإن ادعى الـزوجان على المرأة أنهـا تعلم السابق منهـما فأنكرت لم تسـتحلف لذلك، وقال أصحـاب الشافعى تستحلف بناء منهم على أن إقـرارها مقبول، فإن فـرق بينهما وبين أحدهما لاختيـارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقـده سابق فينبغى أن يقبل إقرارها، لأنهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب، عقد آخر.

للولى أن يأذن له فى التزويج فى الحال التى للولى تزويجه فيها، وهى حالة الحاجة، لأنه من أهل النكاح فإنه عـاقل مكلف، وكذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفـوض إليه ذلك وهو مخير بين أن يعين له امرأة أو يأذن له مطلقًا، وقال بعض الشافـعية: يحتاج إلى التعيين له لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك.

ولنا: أنه أذن فى النكاح فجاز من غـير تعيين كالإذن للعبد، وبـهذا يبطل ما ذكروه، ولا يتزوج إلا بمـهر المـثل، فإن زاد على مهـر المثل بطلت الزيادة، لأنهـا محابـاة بماله وهو لا يملكها، وإن نقص عن مهر المثل جاز، لأنه تزوج من غير خسران، **الحال الثالث:** إذا تزوج بغير إذن، فـقال أبو بكر يصح النكاح أومأ إليه أحمـد، قال القاضى: يعنى إذا كان محـتاجًا، فإن عدمت الحاجة لم يجز لأنه إتلاف لماله فى غير فائدة، وقال أصحاب الشافعى: إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذنه كالعبد، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان.

ولنا: أنه إذا احتاج إلى النكاح فحقه متعين فيه فـصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليـه من استيفائه، فـأما إن تزوج من غير حاجـة لم يصح، وإن وطئ فعليه مهر المثل للزوجة لأنه أتلف بضعها بشبهة فلزم عوض ما أتلف كإتلاف مالها.

فصل: قال الشيخ ﵁: **(الثالث: الولى فلا نكاح إلا بولى)**.

فإن زوجت المرأة نفسـها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليـها، فإن فعلت لم يصح، روى هذا عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وعائشة ﵃ وإليه ذهب سعيـد بن المسيب والحسن وعـمر بن عبد العزيز وجـابر بن زيد والثورى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبرى وإسحاق وأبو عبيد، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محـمد والحسن بن صـالح وأبى يوسف لا يجوز لها ذلك بغـير إذن الولى، فإن فـعلت كان موقوفًا على إجـازته، وقال أبو حنيفة: لها أن تزوج نفسـها وغيرها، وتوكل فى الإنكاح، لأن الله تعالى قال: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٢) أضاف النكاح إليهن ونهى

فصل: وإن علم أن العقدين وقعا معًا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة إلى فسخهما لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منهما ولا يرثها واحد منهما كذلك، وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما، فروى عن أحمد: أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه، لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعها، وقال أبو بكر: لا مهر لها، لأنهما مجبران على الطلاق فلم يلزمهما مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عنته، وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها فيوقف الأمر حتى يصطلحا عليه ويحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهى تدعى ربع ميراث من أقرت له، فإن كان قد ادعى ذلك أيضًا دفع إليها ربع ميراثه، وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم، فإن نكلوا قضى عليهم، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويبرأ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه، وقد روى حنبل عن أحمد فى رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهن فأيتهن أصابتها القرعة فهى زوجته، وإن مات الزوج فهى التى ترثه والله أعلم.

فصل: وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما، وقلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لإقراره لها به وإقرارها ببراءة صاحبه، وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك، وإن ماتت هى قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه واحتمل أن لا يقبل إقرارهما له كما لم تقبله فى نفسها، وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته

عن منعهن، ولأنه خالص حقها، وهى من أهل المباشرة فصح منها كبيع أمتها، ولأنها إذا ملكت بيع أمتها، وهو تصرف فى رتبتها وسائر منافعها ففى النكاح الذى هو عقد على بعض نفعها أولى.

ولنا: أن النبى ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولى»[18] روته عائشة وأبو موسى وابن عباس، قال المروذى: سألت أحمد ويحيى عن حديث: «لا نكاح إلا بولى» فقالا: صحيح، وروى عن عائشة عن النبى ﷺ أنه قال: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير أذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فإن أصابها فله المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»[19] رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما، **فإن قيل:** فإن الزهرى رواه وقد أنكره قال

---

(18) تقدم مستوفيًا فى المسألة (٥٥٨) مغنى برقم (٣٠).

(19) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣) والترمذى (١١٠٢) وابن ماجه (١٨٧٩) وأحمد (٦/ ٤٧، ١٦٥) وإسناده صحيح.

فهو كما لو أقرت فى حياته، وليس لورثة كل واحد منهما الإنكار لاستحقاقها، لأن موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وإن لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة وإن كان أحدهما قد أصابها، فإن كان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلهما المسمى لأنه مقر لها به، وهى لا تدعى سواه، وإن كانت مقرة للآخر فهى تدعى مهر المثل، وهو يقر لها بالمسمى، فإن استويا أو اصطلحا فلا كلام، وإن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط، فإن كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهى تنكرها فلا تستحقها والله أعلم.

فصل: وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا، وقال أبو الخطاب: فى ذلك روايتان والصحيح أنه مقبول لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل إقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل إنكاره لأن الحق على غيره وقد أقر به وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولى وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهما، لأن الشهادة إنما يحتاج إليها مع الإنكار ويحتمل أن لا يقبل إقرارها مع إنكار أبيها، لأن تزويجها إليه دونها، فإن ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها وإن مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته لكمال الإقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونه فمات قبل أن يصدقها لم ترثه، وإن ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا.

١١٣٠- **مسألة:** قال: **(وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل).**

أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده، فإن نكح لم ينعقد نكاحه فى قولهم جميعًا، وقال ابن المنذر: أجمعوا على أن نكاحه باطل(*)، والصواب ما قلنا إن

ابن جريج: سألت الزهرى عنه فلم يعرفه، **قلنا:** لم ينقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية، كذلك قال الإمام أحمد ويحيى، ولو لم يثبت هذا لم يكن فيه حجة، لأنه قد نقله ثقاة عنه فلو نسيه الزهرى لم يضره، لأن النسيان لم يعصم منه إنسان، قال النبى ﷺ: «نسى آدم فنسيت ذريته»[20] ولأنها مولى عليها فى النكاح فلا تليه كالصغيرة، فأما الآية فإن عضلها الامتناع من زواجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولى، وهذا يدل على أنها نزلت فى شأن معقل بن يسار حين امتنع من التزويج، فدعاه النبى ﷺ فزوجها[21] وأضافه إليها، لأنها تحل له إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز لها تزويج.

(*) انظر الإجماع لابن المنذر (٨٣/ ٣٨٣).

(20) أخرجه الترمذى (٥/ ٣٠٧٦) وابن عبد البر فى التمهيد (١/ ٣٤١) وإسناده صحيح.

(21) أخرجه البخارى فى التفسير (٨/ ٤٥٢٩/ فتح) وفى النكاح (٩/ ٥١٣٠/ فتح) وأبو داود (٢/ ٢٠٨٧) والترمذى (٥/ ٢٩٨١).

شاء الله، فإنهم اختلفوا فى صحته، فعن أحمد فى ذلك روايتان: **أظهرهما:** أنه باطل، وهو قول عثمان وابن عمر، وبه قال شـريح، وهو مذهب الشافعى، وعن أحمد: أنه موقوف على إجازة السـيد فإن أجازه جـاز، وإن رده بطل، وهو قول أصحاب الرأى، لأنه عـقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية.

ولنا: ما روى جابر قـال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عـبد تزوج بغير إذن مواليـه فهو عـاهر»(١٣١) رواه الأثرم وابن ماجه، وروى الخلال بإسناده عن مـوسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبـد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان»(١٣٢) قـــال حنبل: ذكرت هذا الحديث لأبى عبد الله، قـال: هذا حديث منكر، ورواه أيضًا عن ابن عمر موقوفًا عليه من قوله، ولأنه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود.

١١٣١- **مـسألة:** قال: **(فإن دخل بها فعلى سيده خمسا المهر كما قال عثمان رضي الله عنه إلا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه)**.

فى هذه المسألة خمـسة فصول: **الأول:** فى وجوب المـهر وله حالان: **أحدهـما:** أن لا يدخل بها فلا مهر لهـا، لأنه عقد باطل فلا نوجب بمجرده شيئًا كـالبيع الباطل، وهكذا سائر الأنكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئًا، **الحال الثانى:** أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب، رواه عنه جماعة وروى عنه حنبل: أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده، وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقًا لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه

17- **مسألة:** (وعن أحمد أن لها تزويج أمتها ومعتقتها).

وهذا يدل على أنه يصح اعتبـارها فى النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسـها بإذن وليها وغيـرها بالوكالة، وهو مذهب مـحمد بن الحـسن، وينبغى أن يكون قولاً لابن سـيرين ومن معه، لأن قـول النبى ﷺ: «أيما امرأة أنكحت نفسهـا بغير إذن وليها فـنكاحها باطل» يدل بمفهـومه على صحتـه بإذنه، ولأنها إنما منعت الاستـقلال بالنكاح لقصور عقـلها، فلا يؤمن انخداعهـا ووقوعه منها على وجه المـفسدة، وهذا مأمون فـيما إذا أذن فيه وليـها، والمذهب الأول لعموم قوله: «لا نكاح إلا بولى» وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص هـهنا خرج مخرج الغالب، فإن الغـالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها، والعلة فى منعـها صيانتها عن مباشـرة ما يشعر بوقاحـتها ورعونتهـا وميلها إلى الرجال، وذلك ينافى حـال أهل الصيانة والمروءة.

---

(١٣١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٠٧٨) والتـرمذى (٣/ ١١١١، ١١١٢) والحاكم (٢/ ١٩٤) والدارمى (٢/ ٢٢٣٣) وأحمـد فى «مسنده» (٣/ ٣٠١، ٣٧٧) والبيـهقى فى «سننه» (٧/ ١٢٧) وقـال الألبانى فى «صحيح الجامع» (٢/ ٣٩٩): صحيح.

(١٣٢) أخرجه ابن ماجه (١/ ١٩٦٠) والدارمى (٢/ ٢٢٣٤) وإسناده حسن.

فى عدم الصداق، وهو قـول ابن عمر، رواه الأثرم عن نافع قال: كـان إذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد وقـال للمرأة: إنك أبحت فرجك وأبطل صداقها(١٣٣) ووجهـه أنه وطئ امـرأة مطاوعة فى غـير نكاح صـحـيح فلم يجب به مهـر كـالمطاوعة على الزنا، قـال القاضى: هذا إذا كانا عالمين بالتحريم، فأما إن جهلت المرأة ذلك فلها المهر، لأنه لا ينقص عن وطء الشبـهة ويمكن حـمل هذه الرواية على أنه لا مهـر لها فى الحال بـل يجب فى ذمة العبد تنتـفع به بعد العتق، وهو قول الشافعى الـجديد، لأن هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين، والصحيح أن المهـر واجب لقوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن أصابهـا فلها المهر بما استحل من فرجها»(١٣٤) وهذا قـد استحل فرجها فيكون مهرها عليـه، ولأنه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجبًا كسائر الأنكحة الفاسدة.

الفـصل الـثـانى: أن المهر يتعلق برقبـته يباع فيه إلا أن يفديه السيد، وقـد ذكرنا احتمالاً آخر، أنه يـتعلق بذمـة العبـد، والأول أظهر، إلا أن الوطء أجـرى مجرى الجـناية الموجـبة للضمان بغير إذن المولى، ولذلك وجب المهـر هـهنا وفى سائر الأنكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شىء لأنه يرضى المستحق، والله أعلم.

الفصل الـثالث: أن الواجب من المهر خمساه، وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمل به

فـــصل: فإن حكم بصحة هذا العقـد حاكم أو كان المتولى لعقده حاكـمًا لم يجز نقضه وكذلك سـائر الأنكحة الفـاسدة، وخرج القاضى وجهًـا فى هذا خاصة أنه ينقض، وهو قول الإصطخرى من أصحاب الشافعى، لأنه خالف نصًا، والأول أولى، لأنهـا مسألة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم به كما لو حكم بالشفعة للجار، وهذا النص متأول وفى صحته كلام وقد عارضته ظواهر.

18- مـسألة: (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها) .

إنما قيد المـرأة بالحرة، لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها بغـير خلاف علمناه وأولى الناس بتزويجها أبوها، لأنه لا ولاية لأحد معه، وبهذا قال الشافعى، وهو المشهور عن أبى حنيفة، وقـال مـالك والعنبـرى وأبو يوسف وإسـحـاق وابن المنذر: الابـن أولى وهى رواية عن أبى حنيفة، لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيبًا، لأنه يسقط تعصيب جده.

ولنا: أن الولد موهوب لأبيـه، قال الله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ﴾ (الأنبيـاء: ٩٠) وقـال زكريا: ﴿رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً﴾ (آل عمـران: ٣٨) وقال إبراهيم: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي

---

(١٣٣) أخرجـه البيهقى فى «السنـن الكبرى» من كتاب النكاح (٧/ ١٢٧) بـنحوه، وسعيـد بن منصور فى «سننه» (١/ ح٧٨٩).

(١٣٤) تقدم برقم (١٢) مسألة (١٠٩٩).

أبو موسى، وعن أحمد: أنها إن علمت أنه عبد فلها خمسا المهر وإذا لم تعلم فلها المهر فى رقبة العبد، وعنه أن الواجب مهر المثل، وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكماله كالوطء فى النكاح بلا ولى، وفى سائر الأنكحة الفاسدة، ووجه الأولى ما روى الإمام أحمد بإسناده عن حلاس أن غلامًا لأبى موسى تزوج بمولاة تيجان التيمى بغير إذن أبى موسى، فكتب فى ذلك إلى عثمان، فكتب إليه عثمان أن فرق بينهما، وخذ لها الخمسين من صداقها، وكان صداقها خمسة أبعرة[١٣٥]، ولأن المهر أحد موجبى الوطء فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين فى النكاح فينقص العبد كعدد المنكوحات.

الفصل الرابع: أنه يجب خمسا المسمى، لأنه صار فيه إلى قصة عثمان ﷺ، وظاهرها أنه أوجب خمسى المسمى، ولهذا قال: وكان صداقها خمسة أبعرة، ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولأوجب القيمة، وهى الأثمان دون الأبعرة، ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل، لأنه عوض عن جناية فكان المرجع فيه إلى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل.

الفصل الخامس: أن الواجب إن كان زائدًا على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة، لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد، بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شىء فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه، وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك، لأنه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها، والخيرة فى تسليم العبد وفدائه إلى السيد، وهذا قد ذكرناه فى غير هذا الموضع بأبين من هذا.

وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ (إبراهيم: ٣٩) وقال النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[22] وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس، ولأن الأب أكمل نظرًا وأشد شفقة فوجب تقديمه فى الولاية كتقديمه على الجد، ولأن الأب يقوم على ولده فى صغره وسفهه وجنونه فيليه فى سائر ما تثبت الولاية عليه فيه بخلاف الابن، ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشترى لها من ماله وله من مالها إذا كانت صغيرة بخلاف غيره، ولأن الولاية احتكام، وإحكام الأصل على فرعه أولى من العكس وفارق الميراث فإنه لا يعتبر له النظر، ولهذا يرث الصبى والمجنون، وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه.

19- **مسألة:** (ثم أبوه وإن علا).

يعنى أن الجد أبا الاب وإن علت درجته أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء.

---

(١٣٥) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٤٣، ٢٤٤) وابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٤/ ٢٥٩، ٢٦٠).

(22) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١) والطبرانى فى «الصغير» (ص ٢) وإسناده صحيح.

فـــصل: إذا أذن السيد لعبده فى تزويجه بمـعينة، أو من بلد معين، أو من جنس معين، فنكح غير ذلك فنكاحـه فاسد، والحكم فيه كما ذكـرنا، وإن أذن له فى تزويج صحيح فنكح نكاحًـا فاسـدًا فكذلك لأنه غـير مـأذون له فيـه، وإن أذن له فى النكاح وأطلق فنكح نكاحًـا فاسدًا، احـتمل أن يكون كذلك، لأن الإذن فى النكاح لا يتناول الفاسـد، واحتمل أن يتناوله إذنه، لأن اللفظ بإطلاقه يتناوله، وإن أذن له فى نكاح فاسد وحصلت الإصـابة فيه فعلى سيده جميع المهر لأنه بإذنه والله أعلم.

١١٣٢- **مـسألة:** قال: (**وإذا تزوج الأمة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر وعليه أن يفديهم والمهر المسمى، ويرجع به على من غره ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء، وإن كان ممن يجوز له أن ينكح فرضى بالمـقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق**).

فى هذه المسألة ستة فصول:

أحدها: أن النكاح لا يفسد بالغرور، وهو قول أبى حنيفة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يفسد، لأنه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه ما لو قال بعتك هذا الفرس فإذا هو حمار.

ولنا: أن المعقود عليـه فى النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها فى صـحته كما لو قال: زوجتك هذه البيضاء فإذا هى سوداء، أو هذه الحسناء فإذا هى شوهاء، وكذا يقول فى الأصل الذى ذكره: إن العقد الذى ذكـروه صحيح، لأن المعقود عليه العين المـشار إليها وإن سلمناه فالفرق بينهـما من وجهين: **أحـدهـما:** أن ثم فاتت الذات فإن ذات الفـرس غير ذات

وهو قول الشافـعى، وعن أحمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجـد، وهو قول مالك ومن وافقه لمـا تقدم، وعن أحمد رواية ثالثة أن الأخ يقـدم على الجد، لأن الجد يدلى بأبوة الأب، والأخ يدلى بالبنوة، والبنوة مقدمة، وعنه رواية رابعة أن الأخ والجـد سواء لاستوائهما فى الميـراث بالتعصـيب، واستواؤهمـا فى القرابة يوجب اسـتواءهما فى الولاية كـالأخوين، ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما الآخر فاستويا فى الولاية كالآخرين.

ولنا: أن الجد لـه إيلاد وتعصيب فـيقـدم عليهمـا كالأبُ، ولأن الابن والأخ يقـادان بها والأخ يقطع بسرقة مالها بخلاف الجد، والجد لا يسقط فى الميراث إلا بالأب والأخ يسقط به وبالابن وابنه، وإذا ضاق المال وفى المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده، فوجب تقديمه عليهما كالأب وكـتقديمه على العم وسـائر العصبـات، إذا ثبت هذا فالجد وإن علا أولى من جـميع العصبات غير الأب وأولى الأجداد أقربهم كالجد مع الأب.

20- **مـسألة:** (**ثم ابنها ثم ابنه وإن سفل متى عدم الأب وأباؤه**).

وأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجـته الأقرب فالأقرب منهم وبه قال: أصـحاب الرأى وقال الشافـعى: لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكـما

الحمار، وههنا اختلفا فى الصفات، **والثانى**: أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أى شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه.

الفصل الثانى: أن أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لأنه اعتقد حريتها فكان أولاده أحرارًا لاعتقاده ما يقتضى حريتهم كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكًا لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها.

الفصل الثالث: أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر ﷺ وعلى وابن عباس ﷺ، وهو قول مالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداؤهم، لأن الولد ينعقد حر الأصل فلم يضمنه لسيد الأمة لأنه لم يملكه وعنه أنه يقال له: افد أولادك وإلا فهم يتبعون أمهم، فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقًا، لأنهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها، وقال الخلال: اتفق عن أبى عبدالله أنه يفدى ولده، وقال إسحاق عنه فى موضع: إن الولد له وليس عليه أن يفديهم وأحسبه قولاً أول لأبى عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لقضاء الصحابة به، ولأنه نماء الأمة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكًا لمالكها وقد فوت رقة باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله وفى فدائهم ثلاث مسائل:

الأولى: فى وقته وذلك حين وضع الولد، قضى بذلك عمر وعلى وابن عباس ﷺ وهو قول الشافعى وقال أبو ثور والثورى وأصحاب الرأى: يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة، لأنه إنما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم إلا حال الخصومة.

ولنا: أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه حينئذ لأنه فات رقه من حينئذ، ولأن القيمة التى تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة فلم يضمنها كما بعد الخصومة

فيلى بذلك لا بالبنوة، لأنه ليس بمناسب لها ولا يلى نكاحها لحالها ولأن طبعه ينفر من تزويجها، فلا ينظر لها.

ولنا: ما روت أم سلمة أنها لما انقضت عدتها أرسل إليها رسول الله ﷺ يخطبها فقالت: يا رسول الله ليس أحد من أوليائى شاهدًا قال: «ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك» فقالت: قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواه النسائى(23) قال الأثرم قلت لأبى عبد الله فحديث عمر بن أبى سلمة حين زوج النبى ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيرًا؟ قال: ومن يقول كان صغيرًا ليس فيه بيان عدل من عصباتها فيثبت له ولاية تزويجها كأخيها وقولهم ليس بمناسب لها ممنوع، وان سلم فهو يبطل بالحاكم والمولى قولهم: أن طبعه ينفر من تزويجها قلنا: هذا معارض فى الفرع ليس له أصل ثم يبطل بما إذا كان ابن عم

---

(23) أخرجه النسائى (٦/ ٣٢٥٤) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٧٨/ ١٧٩) وقال: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبى.

فإن قيل: فقد كان محكومًا بحريته وهو حين **قلنا**: إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه فى أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع.

المسألة الثانية: فى صفة الفداء وفيها ثلاث روايات: **إحداهن**: بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبى ﷺ من أعتق شقصًا من عبد قوم عليه نصيب شريكه(١٣٦)، ولأن الحيوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه.

والثانية: يضمنهم بمثلهم عبيدًا الذكر بذكر والأنثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال: أبقت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العرب فتزوجها رجل من بنى عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر ﷺ فقضى للعذرى بفداء ولده بغرة غرة مكان كل غلام بغلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين دينارًا ولأن ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار فعلى هذه الرواية ينبغى أن ينظر إلى مثلهم فى الصفات تقريبًا، لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال ويحتمل أن يجب مثلهم فى القيمة وهو قول أبى بكر.

الثالثة: هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد فى رواية الميمونى: إما القيمة أو رأس برأس، لأنهما جميعًا يرويان عن عمر، ولكن لا أدرى أى الإسنادين أقوى وهذا اختيار أبى بكر وقال فى «المقنع» الفدية غرة بغرة بقدر القيمة أو القيمة وأيها أعطى أجزأه ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذى يضمن بغرة وبين إلحاقه بغيره من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف

أو مولى أو حاكمًا إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته، لأنه أقوى منه تعصبًا وقد استويا فى عدم الإيلاد.

21- مسألة: (ثم أخويها لأبيها).

لا خلاف فى تقديم الأخ بعد عمودى النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فإن ابن الأب أقواهم تعصيبًا وأحقهم بالميراث واختلفت الرواية عن أحمد فى الأخ للأب إذا اجتمعا فعنه أنهما سواء اختارها الخرقى وبه قال أبو ثور والشافعى فى القديم، لأنهما استويا فى الإدلاء بالجهة التى تستفاد بها العصوبة وهى جهة الأب فاستويا فى الولاية كما لو كانا من أب وإنما رجح فى الميراث جهة الأم ولا مدخل لها فى الولاية لم يرجح بها كالعمين أحدهما خال وابنى عم أحدهما أخ من أم **والرواية الثانية**: الأخ من الأبوين أولى اختارها أبو بكر، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى وهو الصحيح إن شاء الله تعالى، لأنه حق يستفاد بالتعصيب فيقدم فيه الأخ من الأبوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء، فإنه لا مدخل للنساء فيه

---

(١٣٦) أخرجه البخارى فى صحيحه (٣/ ١٨٥) من كتاب «اللقطة» باب «الشركة فى الرقيق» ومسلم فى كتاب (العتق) (٢، ٣، ٤، ١١٤٠، ١١٤١) وأحمد فى مسنده (٢/ ٤٢٦).

عنه فيه قال أحـمد فى رواية أبى طالب: وعليه قيمتهم مثل قـول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس.

المسألة الثالثة: فيمن يضمن منهم وهو من ولد حيًا لوقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثورى وأبو ثور وأصـحاب الرأى: لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخـصومة، وهذا مـبنى على وقت الضمان وقـد ذكرناه، فأمـا السقط ومن ولد لوقت لا يعيش فى مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان له، لأنه لا قيمة له.

الفـصل الرابع: فى المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجـوز له نكاح الإماء أولاً، فإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء وقد نكحها نكاحًا صحيحًا فلها المسمى، وإن لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها، لأن الفسخ تعذر من جهتها فهى كالمعيبة يفسخ نكاحها، وإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإمـاء فالعقد فاسـد من أصله ولا مهر فيـه قبل الدخول، فإن دخل بهـا فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتـين ذكرناهما فيما مضى، وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإماء، لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح.

الفصل الـخامس: أنه يرجع بما غرمه على من غره فى المهـر وقيمة الأولاد وهذا اختاره الخرقى وروايـة عن أحمد، قـال ابن المنذر: كذلك قـضى عمـر وعلى وابن عبـاس وبه قال الشافعى فى القديم، والرواية الأخرى: لا يرجع بالمهـر، وهو اختيار أبى بكر قال: وهو قول على وبه قـال الثورى وأبو ثور وأصحـاب الرأى والشافـعى فى الجديد، لأنه وجب عـليه فى مقـابلة نفع وصل إليه وهو الوطء فلم يرجع به كـما لو اشترى مـغصوبًا فـأكله بخلاف قيـمة الولد، فإنها لم تحصل فى مقابلة عـوض لأنها وجبت بحرية الولد وحرية الولد للولد لا لأبيه قال القاضى: والمـذهب أنه يرجع بالمهر، لأن أحمد قـال: كنت أذهب إلى حديث على ثم

وقد قدم الأخ للأبوين فيه وبهذا يبطل ما ذكر فى الرواية الأولى وهكذا الخلاف فى بنى الإخوة والأعمام وبنيهم، وأمـا إذا كان ابنا عم لأب أحدهما أخ لأم فـهما سواء، لأنهمـا استويا فى التعصيب والإرث به وقال القاضى: فيهما من الخلاف مثل ما فى ابن عم من الأبوين وابن عم من أب، لأنه يرجح من جهة أمـه وليس كذلك، لأن جهة أمه يرث بها منفـردة وما ورث بها منفـردًا لم يرجح به، وكذلـك لم يرجح به فى الميـراث بالولاء ولا فى غـيره فـعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين.

22- مـــسـألة: (وعنه تقـديم الابن على الجد والتـسوية بين الجـد والإخوة وبين الأخ للأبوين والأخ للأب وقد ذكرناه).

23- مـــسـألة: (ثم بنوا الإخـوة وإن سفـلوا ثم العم ثم ابنه ثم الأقـرب فالأقـرب من العصبات على ترتيب الميراث).

كأنى هبته وكأنى أميل إلى حديث عمـر يعنى فى الرجوع، ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سـلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كـذلك يرجع بالمهر قال: وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمـها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحـابنا بينهما فرقًا، وقال: إذا ثبت هذا فإن كان الغرور من السيد فقال هى حرة عتقت، وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحريـة فلا شىء له، لأنه لا فائدة فى أن يجب له ما يرجع به عليـه،وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه فى الحال، وإن كان من أجنبى رجع عليـه أيضًا، وإن كان منها فليس لها فى الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العـتق؟ قال القاضى قياس قـول الخرقى أنه يتعلق بذمتهـا، لأنه قال فى الأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها به إذا عتقت كذا هـهنا ويتبعها بجميعه.

وظاهر كلام أحمـد أن الغرور إذاكان من الأمة لم يرجع على أحد، فـإنه قال: إذا جاءت الأمة فقالت إنى حـرة فولت أمرها رجلاً فزوجها من رجل ثم ظهر عليـها مولاها قال: فكاك ولده على الأب، لأنه لم يغره أحد، وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره، يروى هذا عن عـلى وإبراهيم وحماد، وكـذلك قال الشـعبى، وإن قلنا يتعلـق برقبتـها فالسيد مخير بين فـدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يـسلمها فإن اختار فداءها بقيمتهـا سقط قدر ذلك عن الزوج، فإنه لا فائدة فى أن نوجبه عليـه ثم نرده إليه، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب له وذكـر القاضى أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارنًا للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة، فإن لم تكن كذلك لم تملك الفسخ وهذا مذهب الشافعى والصحيح خلاف هذا قال: لأن الصـحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستـفصلوا والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة بـه فى العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صـورة نادرة لم تنقل، ولأن الغرور قد يكون من المرأة ولا

وجـــملـة ذلك أن الولاية بعد الأخـوة تترتب على ترتيب الميراث بالـتعصيب فأحـقهم بالميـراث أحقـهم بالولاية فبعـد الأخوة بنوهم وإن سـفلوا ثم بنو الجد وهم أعـمام الأب ثم بنوهم وإن سلفوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلى بنو أب أعلى من بنى أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم وأولـى ولد كل أب أقربهم إليه، لأن مبنى الولاية على النظر والشـفقة وذلك معتبر بمظنته وهى القرابة فأقربهم أشفقهم ولا نعلم فى هذا خلافًا بين أهل العلم.

فـصل: ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم وأبى الأم ونحوهم نص عليـه الإمام أحمـد فى مواضع وهو قول الـشافعى، وإحـدى الروايتين عن أبى حنيفة والثانية أن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلى، لأنه يرثها فوليها كعصباتها.

ولنا مـا روى عن على ﵁ أنه إذا بلغ النسـاء نص الحقـائق فالعـصبـة أولى، يعنى إذا أدركن، رواه أبو عبيد فى القريب، ولأنه ليس من عصباتها أشبه الأجنبى.

لفظ لها فى العقد، ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك، ورغب فيها بناء عليه، وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار، فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم، وإن كان الغرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم.

الفصل السادس: أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء وهو ممن يجد الطول أو لا يخشى العنت، فإنه يفرق بينهما لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم فى الرجوع على ما ذكرنا، وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح، وهذا معنى قول الخرقى فرضى بالمقام معها، وهذا الظاهر من مذهب الشافعى وقال أبو حنيفة: لا خيار له، لأن الكفاءة غير معتبرة فى جانب المرأة، لأنه يملك الطلاق.

ولنا: أنه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالآخر، فإن الكفاءة وإن لم تعتبر فإن عليه ضررًا فى استرقاق ولده ورق امرأته، وذلك أعظم من فقد الكفاءة، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر، فإنه يسقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه، فإذا فسخ قبل

24- مسألة: (ثم المولى المنعم ثم عصابته من بعده الأقرب فالأقرب).

ثم السلطان إذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فوليها موليها يزوجها ولا نعلم خلافًا فى أن العصبة المناسبة أولى منه، وذلك لأنه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها، فكذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه فى الإرث والعقل فإن عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء، فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى، لأنه أحق بالميراث وأقوى بالتعصيب وإنما قدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم فى أب المعتق فيرجع فيه إلى الأصل ثم السلطان، لا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم، وبه يقول مالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى، والأصل فيه قول النبى ﷺ: «فالسلطان ولى من لا ولى له»(24) وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة أن النجاشى زوجها رسول الله ﷺ وكانت عنده(25)، ولأن للسلطان ولاية عامة بدليل أنه يلى المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية فى النكاح كالأب.

---

(24) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢٠٨٣) والترمذى (٣/ ١١٠٢) وابن ماجه (١/ ١٨٧٩).

(25) انظر تخرجه برقم (٥) مغنى مسألة رقم (٨٤٠).

الدخول فلا مهـر لها، وإن رضى بالمقام معهـا فله ذلك، لأنه يحل له نكاح الإماء وما ولدت بعد ذلك فهـو رقيق لسيدها، لأن المانع من رقـهم فى الغرور اعتقاد الزوج حريتـها وقد زال ذلك بالعلم، ولو وطئها قبل علمه فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فـهو حر لأنه وطئها، يعتقد حريتها.

فـصل: والحكم فى المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالأمة القن، لأنها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه، وكذلك من أعتق بعضها إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق، لأن بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الوطئ، فإن كانت مكاتبة فكذلك إلا أن مهرها لهـا، لأنه من كسبها وكسبها لهـا وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة، قال أبو بكر ويكون ذلك لها تستعين به فى كـتابتها، فإن كان الغرور منها فلا شيء لها إذ لا فـائدة فى إيجاب شيء لهـا يرجع به عليها، وإن كـان الغرور من غـيرها غرمـه لها ويرجع به على من غره.

فــصل: ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعـوى فإن قام بذلك بينة ثبت، وإن أقرت أنها أمة فقـال أحمد فـى رواية أبى الحارث: لا يستـحقـها بإقرارها، وذلك لأن إقـرارها يزيل النكاح عنها، ويثبت حقًا على غيرها فلم يقـبل كإقرارها بمال على غيرها، وقال فى رواية حنبل: لا شيء له حتى يثبت أو تـقر هى أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقـرارها، لأنها مقرة على نفـسها بالرق أشبه غير الزوجة والأول أولى، ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى.

فــصل: إذا حملت المغرور بهـا فضرب بطنها ضارب فألقت جنينًا ميـتًا فعلى الضارب غرة، لأن هذا الجنين محكوم بحريته ويرثها ورثته من كانوا، وعلى الضارب كفارة القتل، وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بذل هذا الولد للسـيد، لأنه إنما يستحق بذل

فـصل: والسلطان هـهنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوضا إليه ذلك واختلفت الرواية عن أحمـد فى والى البلد فقال فى موضع يزوج والى الـبلد، وقال: فى الرستاق يكون فـيه الوالى وليس فيه قاض قال: يزوج إذا احتاط لها فى المهر والكفء، أرجو أن لا يكون به بأس، لأنه ذو سلطان فيـدخل فى عموم الحديث، وقـال فى موضع آخر فى المـرأة إذا لم يكن لها ولى فالسلطان المسلط على القاضى يقضى فى الفروج والحدود والرجم، وصاحب الشرطة إنما هو مسلط فى الأدب والـجناية وقال: ما للوالى وذا؟ إنـما هو إلى القاضى وتأول الـقاضى الرواية الأولى على أن الوالى أذن له فى التـزويج، ويحتمل أنه جعـل له ذلك إذا لم يكن فى موضع ولايته قاض، فكأنه قد فوض إليه النظر فيما يحتاج إليه فى ولايته وهذا منها.

فــصل: إذا استولى أهل البغى على بلد جرى حكم سلطانهـم وقاضيهم فى ذلك مجرى الإمام وقاضيه، لأنه أجرى مجراه فى قبض الصدقات فى الجزية والخراج فكذلك فى هذا.

حي وهذا ميت، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لأن الواطئ فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب له ذلك.

فصل: إذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح، وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كملت شروط النكاح وكان ذلك بإذن سيده، وإن كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح، وللمرأة الخيار بين الفسخ والإمضار فإن اختارت إمضاءه فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة، وإن كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضًا لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غر من أمة ثبت للأمة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها، وإن كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها، وإن كان بعده فلها المسمى، لأنه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق.

فصل: فإن غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك مخلا بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار، فإن اختارت الإمضاء فلأوليائها الاعتراض عليها، وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها، لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطه فقيهًا فبان بخلافه، وكذلك إن شرطت غير النسب، فإن كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافئ لها في النسب، وإن لم

فصل: واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال: في موضع لا يكون وليّا لها ولا يزوج حتى يأتي السلطان، لأنه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الأجنبي وقال في رواية حرب في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو، وهو قول إسحاق، وروى عن ابن سيرين: أنه لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان، وعن الحسن: أنه كان لا يرى بأسًا في أن يزوجها نفسه وذلك لما روى أبو داود بإسناده عن تميم الداري أنه قال: يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بمحياه ومماته»[26] إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد وقال: رواية ابن عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والإتقان.

فصل: وإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بإذنها، فإنه قال: في دهقان قرية يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكفء والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض، قال ابن عقيل: أحد قوم من أصحابنا من هذه الرواية إن النكاح لا يقف على ولي قال: وقال القاضي: نصوص أحمد تمنع من ذلك قال شيخنا: والصحيح أن هذا من القول حال عدم الولي والسلطان، لأنه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض، وجهه أن

---

(26) أخرجه أبو داود (٢٩١٨) والترمذي (٢١١٢) وابن ماجه (٢٧٥٢) وأحمد (٤/ ١٠٢، ١٠٣) وإسناده حسن.

يعتبر فى الكفاءة كالفقه والجمال وأشبـاه ذلك فلا خيار لها، لأن ذلك مما لا يعتبر فى النكاح فلا يؤثر اشتراطه، وذكر فـيما إذا بان نسبه دون ما ذكر وجه فى ثبـوت الخيار لها إن لم يخل بالكفاءة والأولى ما ذكرناه والله أعلم.

١١٣٣- **مسألة:** قال: (وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار ويفديهم إذا عتق ويرجع به على من غرّه).

وجـملة ذلك أن المغرور إذا كان عـبداً فولده أحرار، وقال أبو حنيفـة: يكون رقيقًا لأن أبويه رقيق وليس ذلك بصحـيح، فإنه وطئها معتـقداً حريتها فكان ولده حرّاً كـولد الحر، فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية فى محل الوفاق، ولولا ذلك لكان رقيقًا فإن علة رق الولد رق الأم خاصة ولا عبرة بحال الأب، بدليل ولد الحر من الأمـة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم، لأنه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له فى الحال فيخرج فى ذلك وجهان:

اشتـراط الولى هـهنا يمنع النكاح بالكليـة فلم يجز كاشتـراط المناسب فى حق من لا مناسب لها، وروى عنه أنه لا يجوز النكاح إلا بولى لعموم الأخبار فيه.

25- **مسألة:** (وولى الأمة سيدها إذا كان من أهل ولاية التزويج).

لا نعلم فيـه خلافًا، لأنه مـالكها وله التصـرف فى رقبتـها بالبيع فـفى التزويج أولى ولا يزوجها إلا بإذنها.

26- **مسألة:** (فإن كانت لامرأة فوليها ولى سيدتها وقد ذكرنا ذلك).

اخـتلفت الرواية عن أحـمد فـيمن يزوج أمـة المـرأة، فروى عنه أنـه يلى نكاحهـا ولى سيدتهـا، قال القاضى: هذا هو الصحيح اختـاره الخرقى وهو مذهب الشافعى، لأن مـقتضى الدليل كون الولاية لهـا فامتنعت فى حقهـا لقصورها فثبـتت لأوليائها كولاية نفـسها، ولأنهم يلونها لو عـتقت ففى حـال رقها أولى، فـإن كانت سيـدتها رشيـدة لم يجز تزويج أمتـها إلا بإذنها، لأنها مالها ولا يجـوز التصرف فى مال رشيد بغير إذنه وبغـير نطقها بذلك، وإن كانت بكراً لأن صماتها إنما اكـتفى به فى تزويج نفسها لحيائها ولا تسـتحيى من تزويج غيرها، وإن كانت صغيرة أو مـجنونة أو سفيهة ولوليها ولاية على مالها فـله تزويج أمتها إن كان الحظ فى تزويجها وإلا لم يملك تزويجهـا، وكذلك الحكم فى أمة ابنه الصغير، وقال بعض الشـافعية: ليس له تزويجها بحال، لأن فـيه الحظ لأن الكلام فيه فجاز كسائر التـصرفات الجائزة وإهمال الحظ مرجوح بما فـيه من تحصيل مهرها وولدها وكـفاية مؤنتها وصيانتـها عن الزنا الموجب للحد فى حقها ونقص قيمتها والمرجوح كالمعدوم، فإن كان وليها فى مالها غير ولى تزويجها فولاية تزويجها للولى فى المال دون ولى التزويج، لأنه المتصرف فى المال وهى مال، وروى عن أحمد رواية ثانية، أن للمرأة أن تولى أمـر أمتها رجلاً لتزويجها نقلها عن أحـمد جماعة، لأن سبـب الولاية الملك وقد تحـقق فى المرأة وامـتنعت المـباشـرة لنقص الأنوثية فـملكت

أحدهـما: يتعلق برقبـته بمنزلة جنايته، والثـاني: بذمته يتبع به بعـد العتق بمنزلة عوض الخلع من الأمة إذا بذلته بغـير إذن سيدها، ويفارق الاستـدانة والجناية، لأنه إذا استدان أتلف مال الغريم، فكان جناية منه وهـهنا لم يجن فى الأولاد جنـاية، وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض، فـيكون ذلك فى ذمته، يتبع به بعد العتق ويـرجع به حين يغرمه، فإنه لا ينبـغى أن يجب له بذل ما لم يفت عليه، وأمـا الحرية فتتـعجل فى الحل وإن قلنا إن الفداء يتعلق برقبـته وجب فى الحال ويرجع به سيده فى الحال، ويثبت للعـبد الخيار إذا علم كما ثبت للحـر لمن يحل له نكاح الإماء لأن عليه ضرراً فـى رق ولده ونقصًا فى استمـتاعه، فإنها لا تبيت معـه ليلاً ونهاراً ولم يرض به، ويحتمل أن لا يثبت له خيـار، لأنه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته فأشـبه ما لو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه، لأنها مـساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر.

التوكيل كالرجل والمـريض والغائب، ونقل عن أحمد كلام يحتـمل رواية ثالثة وهو أن سيدها يزوجها، فإنه قيل له تزويج أمتها؟ قـال: قد قيل ذلك هى ما لها، وهذا يحتمل أنه ذهب إليه وهو قول أبى حنيفة، لأنها تملكها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد، ولأنها تملك بيعها وإجارتها فملكت تزويجها كسـيدها، ولأن الولاية إنما ثبتت على المرأة لتحصيل الكفاءة صيانة لحظ الأولياء فـى تحصيلها فلا تثبت عليهـا الولاية فى أمتها لعدم اعتـبار الكفاءة وعدم الحق للأولياء فيـها، ويحتمل أن أحمد قال هذا حـكاية لمذهب غيره، فإنه قال فى سـياقها: أحب إلىَّ أن نأمر زوجها، لأن النساء لا يعـقدن وقد روى أبو هريرة عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تنكح المرأة المرأة»[27] وقالت عائشة: زوجوا فإن النساء لا يزوجن، واعقدوا فإن النساء لا يعقدن، ولأن المرأة لا تملك تزويج نفسها فغيرها أولى[28].

فصل: ويزوج عتيقتها من يزوج أمتها، ذكره الخرقى وفيها روايتان: **إحداهما:** لمولاتها أن توكل رجلاً فى تزويجها، لأنها عصبتـها وترثها فأشبهت المعتق، **والثـانيـة:** يزوجهـا ولى سيدتها وهى أصح، لأن هذه ولاية لنكاح، والمرأة ليست من أهل ذلـك فيكون إلى عصبتها، لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونهـا بالتعصيب عند عدم سيدتها، فكانوا أوليـاءها كما لو تعذر على المعتق تزويج عتيقته، وقد ذكرنا أنه إذا انقرض العصبة من النسب ولى المولى المعتق ثم عصبـاته الأقرب فالأقرب كذا هـهنا إلا أن الظاهر من كـلام الخرقى هـهنا تقديم أبى المعـتقة على ابنها، لأنه أولى بتزويجها وقـد يزوج معتقتها من يزوج أمتها ويزوج أمـتها من يزوجها، وقد ذكرنا أن ابن المعتقة أولى بتزويج عتيقتها من أبيها ويعتبر فى ولايتها شرطان: **أحدهـما:**

---

(27) إسناده منقطع أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٢٩).

(28) أخرجه البيهقى فى «السنن» (٧/ ١٢٦) بلفظ «لا نكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد» وقال ابن حجر فى التلخيص (٣/ ١٨٦) وأيضًا فى الفتح (٩/ ٩٨) وقال: إسناده حسن.

وقال بعض الشافعية: لا خيار له قولاً واحدًا، وقال بعضهم: فيه قولان، والأولى ما ذكرناه، وإذا اختار الإقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد، وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وإن كان بعده والنكاح بإذن سيده فالمهر واجب عليه وفى الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى، وإن كان بغير إذنه فالنكاح فاسد، فإن دخل بها ففى قدر ما يجب عليه وجهان: أحدهما: مهر المثل، والثانى: الخمسان، وهل يرجع به؟ على وجهين.

فصل: **فإن شرط أنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار** لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمة.

فصل: **فإن شرطها بكرًا فبانت ثيبًا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين: أحدهما:** لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة الشرط، **والثانى:** له الخيار لأنه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية، وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة، أو حسناء فبانت شوهاء، خرج فى ذلك كله وجهان، ونحو هذا مذهب الشافعى.

وقال أبو ثور: القياس أن له الرد إن كان فيه اختلاف وإن كان إجماعًا فالإجماع أولى من النظر، قال ابن المنذر: لا أعلم أحدًا وافق أبا ثور على مقالته، وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثورى والشافعى وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأى، وروى الزهرى أن رجلاً تزوج امرأة

عدم العصبة من النسب، لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه، **الثانى:** إذن المزوجة، لأنها حرة وليست له ولاية إجبار، فإنه أبعد العصبات ولا يعتبر إذن مولاتها، لأنه لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت القريب الطفل إذا زوج البعيد.

فصل: **فإن كان للأمة مولى فهو وليها**، وإن كان لها موليان اشتركا فى الولاية، وليس لواحد منهما الاستقلال بها بغير إذن صاحبه، لأنه لا يملك إلا بعضها، وإن اشتجرا لم يكن للسلطان ولاية، لأن تزويجها تصرف فى المال بخلاف الحرة، فإن نكاحها حق لها ونفعه عائد إليها، ونكاح الأمة حق لسيدها نفعه عائد إليه فلم ينب السلطان عنه فيه، فإن أعتقاها ولها عصبة مناسب، فهو أولى منهما، وإن لم يكن لها عصبة ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج، لأن ولايته على بعضها، فإن اشتجرا أقام الحاكم مقام الممتنع منهما، لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقًا لها، وإن كان المعتق أو المعتقة واحدًا وله عصبتان كالابنين والأخوين فلأحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها.

27- **مسألة: (ويشترط فى الولى الحرية والذكورية واتفاق الدين والعقل).**

وجملته أنه يعتبر لثبوت الولاية ستة شروط: العقل والحرية والإسلام إذا كانت المرأة مسلمة، والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره، فأما العقل فهو شرط بغير خلاف، لأن الولاية إنما ثبتت نظرًا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه

فلم يجدها عذراء كانت الحيضة خرقت عذرتها، فأرسلت إليه عائشة أن الحيضة تذهب العُذْرة يقيناً[(١٣٧)]، وعن الحسن والشعبى وإبراهيم فى الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شىء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعيش والحمل الثقيل، والله أعلم.

فصل: وإذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبداً تظنه حرّاً فلهم الخيار كما لو شرط ذلك، نص عليه أحمد فى امرأة تزوجت عبداً تظنه حرّاً فلها الخيار، وقال الشافعى فى الأمة: لا خيار له وفى الكافرة له الخيار، وقال بعضهم فيهما جميعًا قولان.

ولنا: أن بعض الرق أعظم ضرراً فإنه يؤثر فى رق ولده ويمنع كمال استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة.

فصل: وإن شرطها أمة فبانت حرة أو ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دنيئة فبانت خيراً من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له فى ذلك لأنه زيادة، وقال أبو بكر: له الخيار إذا بانت مسلمة لأنه قد يكون له غرض فى عدم وجوب العبادات والأول أولى.

فصل: وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه، وإن فسخ بعده وكان التغرير ممن له المهر، فلا شىء عليه أيضًا، وإن كان من غيره فعليه المهر يدفعه ثم يرجع به على الغار، فإن كان التغرير من أوليائها رجع عليهم، وإن علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده، لأنه الغارُّ واحتمل أن يرجع على جميعهم، لأن حقوق الآدميين فى العمد والسهو سواء.

النظر ولا يلى نفسه فغيره أولى، وسواء فى هذا من لا عقل له لصغره أو من ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند، قال القاضى: والشيخ الذى كبر فلا يعرف موضع الحظ لها ولا ولاية له، فأما الإغماء فلا يزيل الولاية، لأنه يزول عن قريب فهو كالنوم، وكذلك لا تثبت الولاية عليه، ويجوز على الأنبياء ومن كان يجن فى الأحيان لم تزل ولايته، لأنه لا يدوم زوال عقله فهو كالإغماء.

الشرط الثانى: الحرية، فلا ولاية لعبد فى قول جماعة أهل العلم، فإن العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى، وقال أصحاب الرأى: يجوز أن يزوجها العبد بإذنها بناء منهم على أن المرأة تزوج نفسها وقد مضى الكلام فى هذه المسألة.

الشرط الثالث: الإسلام، فلا يثبت للكافر ولاية على مسلمة، وهو قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا، وفيه وجه أن الكافر يزوج أم ولده المسلمة وسوف نذكره إن شاء الله تعالى، قال أحمد: بلغنا أن عليّاً أجاز نكاح أخ، ورد نكاح الأب وكان نصرانيّاً.

(١٣٧) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٧٦/ ٢١١٨).

١١٣٤- **مسألة:** قال: (وإذا قال: قد جعلت عتق أمتى صداقها، بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح، وإذا قــال: أشهد أنى قد أعـتقتهـا وجعلت عتقـها صداقها، كـان العتق والنكاح أيضًا ثابتين سواء تقدم القول العتق أو تأخــر إذا لم يكن بينهما فصل، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها).

فى هذه المسألة خمسة فصول:

الأول: أن ظاهر المـذهب أن الرجل إذا أعتق أمـته وجـعل عتـقهـا صداقـها فهـو نكاح صحـيح، نص عليــه أحمــد فى رواية جمــاعة، وروى ذلك عن على رضي الله عنه وفـعله أنس بن مالك، وبه قال سـعيد بن المسيب وأبو سلـمة بن عبد الرحمن والحـسن والزهرى وإسحاق، وقال الأوزاعى: يلزمهـا أن تتزوجه، وروى المروذى عن أحمــد: إذا أعتق أمته وجعل عتـقها صداقها يوكل رجلاً يزوجــه، وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح، وقال أبو الخطاب: هى الصحيحة واختارها القاضى وابن عقـيل وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى، لأنه لم يوجد إيجاب وقبـول فلم يصح لعدم أركانه، كمــا لو قال: أعتقتك، وسكت، ولأنهــا بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كمــا لو فصل بينهما، ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك، فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى، فإنه لو قال: بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن، لم يصح.

ولنا: مــا روى أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صـفيـة وجعل عـتقهـا صداقـها، مـتفق عليـــه[١٣٨]، وفى لفظ «أعتـقها وتزوجها» فـقلت: يا أبا حمزة ما أصـدقها؟ قال: نفـسها عتقــها[١٣٩]، وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت: أعـتقنى رسول الله ﷺ وجعل عتقى صــداقى[١٤٠]، وبإسناده عن على رضي الله عنه أنه كان يقول: إذا أعتق الرجل أم ولده فـجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك، ومتى ثبت العتق صداقًا ثبت النكاح لأن الصداق لا يتقدم النكاح ولو

الشـــــرط الرابع: الذكورية، وهو شرط للولاية فى قـول الجميع، لأنه يعتبر فـيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة، تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها، فلأن لا يثبت لها ولاية على غيرها أولى، وعن أحمد أنها تلى نكاح أمتها معتقتها وقد ذكرناه.

الشرط الـخامس: البلوغ، وهو شرط فى ظاهر المذهب قال أحمد: لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر، هذا قول الثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر وأبى ثور.

وروى عن أحمد أنه إذا بلغ عشرًا زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته فى الطلاق ويحتمله كلام الخـرقى لتخصيـصه المسلوب الولاية بكونه طفـلاً، ووجه ذلك أنه يصح بيعــه وطلاقه ووصيته فثبتت له الولاية كالبالغ، والأول اخـتيار أبى بكر وهو الصحيح، لأن الولاية يعتبر لها

---

(١٣٨) تقدم برقم (١٦) مسألة (١٠٩٩). (١٣٩) تقدم برقم (١٦).

(١٤٠) أخرجه ابن أبى شيبة «فى مصنفه» (٤/ ١٥٦).

تأخر العتق عن النكاح لم يجز، فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبى ﷺ أنه استأنف عقدًا ولو استأنفه لظهر ونقل كـما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام، وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير، فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقًا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها، وكـما لو قال الخاطب للولى: أزوجت؟ فقال: نعم، وقال للزوج: أقبلت؟ قال: نعم، عند أصحابنا، وكما لو أتى بالكنايات عند أبى حنيفة ومن وافقه.

الفـصل الـثـانى: أن النكاح ينعقد بقـوله: أعتقتك وجعلت عتـقك صداقنك وتزوجتك، وبذلك خـاليًا عن قـوله: وتزوجتك، وهذا لفظ الخـرقى، وهو الذى جاء فى حـديث أنس، وبقوله: جعلت عتقك صداقك وجعلت صداقـك عتقك، وهذا معنى قول الخرقى سواء تقدم العتـق أو تأخر، ونص أحمـد على هذا فى رواية صـالح إذا قال جـعلت عتقـك صداقك أو صداقك عتقك كل ذلك جائز.

الفـصل الثـالث: أن لا يكون بينهما فصل ولو قـال أعتقتك وسكت سكوتًا يمكنه الكلام فيـه، أو تكلم بكلام أجنبى ثم قال جعلت عـتقك صداقك، لم يصح النكاح، لأنهـا صارت بالعتق حرة، فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصداق جديد.

الفــصـل الرابع: أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشـتراط الشهـادة فى النكاح، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة، وذلك لقوله «لا نكاح إلا بولى وشاهدين»[١٤١].

الفـصل الخـامس: أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليهـا بنصف قيمتها لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع فى نصف ما فرض لها، وقد فرض لها نفسها، ولا سبيل إلى الرجوع فى الرق بعد زواله فـرجع بنصف قيمة نفـسها، وبهذا قال الحـسن والحكم، وقال الأوزاعى: يرجع بربع قيمتها.

ولنا: أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع النصف كسائر الطـلاق، وتعتبر القيمة حالة

كمال الحال، لأنها تفيد التصرف فى حق غيـره، واعتبرت نظرًا له والصبى مولى عليه لقصوره فلا نثبت له الولاية كالمرأة، والأصول المقيس عليها ممنوعة.

السـادس: العدالة، وفى كونها شرطًا روايتان: **إحداهما**: هى شرط قال أحمد: إذا كان القاضى مثل ابن الحلبى وابن الجعد استقبل النكاح، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المتولى له، وهذا قـول الشافعى لما روى عن ابن عباس أنه قـال: لا نكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد[29]، قال أحمد: أصح شىء فى هذا قول ابن عباس، يعنى وقد روى ابن عباس

---

(١٤١) انظر تخريجه كاملاً برقم (١٥).

(29) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ١٢٤) وقال: كذا رواه عدى بن الفضل وهو ضعيف والصحيح موقوف والله أعلم.

الإعتاق لأنها حالة الإتلاف فإن لم تكن قادرة على نصف القيـمة، فهل تستسعى فيها أو تكون دينًا تنظر به إلى حال القدرة؟ على روايتـين، وإن قلنا: إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فـعليها قيـمة نفسـها لأنه أزال ملكه بعوض لم يـسلم له، فرجع إلى قيـمة المفـوت كالبيع الفـاسد، وكذلك إن قلنا إن النكاح انعقد به، فارتدت قبل الدخـول أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها، مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك، انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها.

فـصـل: وإن قال لأمته: أعتقتك عـلى أن تزوجينى نفسك ويكون عتقك صداقك، أو لم يقل: ويكون عتقك صداقك، فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها، لأنه سلف فى نكاح فلم يلزمها كما لو كان أسلف حرة ألفًا على أن يتزوجها، ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قـبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أومأ إليه أحمد فى رواية عبد الله وهو مذهـب الشافعى، لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم لـه فاستحق الرجوع بقيمتـه كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة فى يد المشـترى، والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول، ويحتمل أن لا يلزمها شىء بناء على ما إذا قـال لعبده أعتقتك على أن تعطينى ألفًا، وهذا قول مالك وزفر لأن هذا ليس بلفظ شرط، فأشبـه ما لو قال: أعتقتك وزوجينى نفسك، وتعتبر القيمة حالة العتق ويطالبها بهـا فى الحال إن كانت قادرة عليها، وإن كانت معسرة فهل تنظر إلى الميـسرة أو تجبـر على الكسب؟ على روايتين أصلهـما فى المفلس هل يجـبر على الكسب؟ على روايتين.

فـصـل: وإن اتفق السيد وأمته على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يكون العتق صداقًا لكن إن تزوجها على القيمة التى له فى ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق.

قـال: قال رسـول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشـاهدى عدل وأيمـا امـرأة أنكحهـا ولى مسـخوط عليه فنكاحـها باطل» (30) وروى البرقـانى بإسناده عن جابر قال: قـال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل» (30) ولأنها ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال.

والرواية الأخرى: ليست شرطًا، نقل مثنى بن جامع أنه سأل أحمد إذا تزوج بولى وشهود غـير عـدول فلم ير أنه يفسـد من النكاح شىء، وهذا ظاهر كـلام الخرقى، لأنه ذكـر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق، وهو قول مالك وأبى حنيفة، وأحد قولى الشافعى، لأنه يلى نكاح نفسه فـثبتت له الولاية على غيـره، كالعدل، ولأنه يثبت الولاية للقـرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلى كالعدل.

---

(30) ذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٨٦) من حديـث جابر وليس فيه «مرشد» وقال رواه الطبرانى فى الأوسط، وبقيه رجاله ثقات.

ولنا: أن العتق صَلَحَ صداقًا فى حق النبى ﷺ فيجوز فى حق أمته كالدراهم، ولأنه يصلح عوضًا فى البيع، فإنه لو قال: أعتق عبدك على ألف، جاز، فلأن يكون عوضًا فى النكاح أولى، فإن النكاح لا يقصد فيه العوض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد فى رواية عبد الله، إذا ثبت هذا: فإن العتق يصير صداقًا كما لو دفع إليها مالاً ثم تزوجها عليه، فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يُجْبَر هو على قبولها، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة وأم الولد حكم الأمة القن فى جميع ما ذكرناه.

فصل: فإن أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها، عتق ولا شىء عليه، لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به، فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له، لم يلزمه ذلك، كما لو اشترطت عليه أن تملكه دارًا، ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لأن الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك.

فصل: ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى، قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: روى شعبة عن قتادة عن أنس: أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها؟ فقال: نعم، قال إذا أعتقها لله كره أن يرجع فى شىء منها.

فصل: ولا يشترط أن يكون بصيرًا، لأن شعيبًا زوج ابنته وهو أعمى، ولأن المقصود فى النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة، فلا يفتقر إلى النظر، ولا يشترط النطق بل يجوز أن يلى الأخرس إذا فهمت إشارته، لأنها تقوم مقام نطقه فى سائر العقود والأحكام فكذلك النكاح.

28- **مسألة:** (فإن كان الأقرب طفلاً أو كافرًا أو عبدًا زوج الأبعد).

لأن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة، فعند ذلك يكون وجودهم كعدمهم، فتثبت الولاية لمن أبعد منهم إذا كملت فيه الشروط كما لو ماتوا.

29- **مسألة:** (وإن عضل الأقرب زوج الأبعد وعنه يزوج الحاكم).

العضل منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما فى صاحبه، فمتى وجد ذلك انتقلت الولاية إلى الأبعد، نص عليه أحمد، وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان، وهو اختيار أبى بكر، وذكر ذلك عن عثمان بن عفان وشريح وبه قال الشافعى، لقول النبى ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»[31] ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من قضائه.

ولنا: أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن، ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر، فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث لنا

(31) فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له.

ولنا: ما روى أبو موسى قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران» متفق عليه[١٤٢]، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن إليها بإعفافها وصيانتها فلم يكره، كما لو زوجها غيره، وليس فى هذا رجوع فيما جعل لله فإنه إنما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئًا.

فصل: وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتج إلى استبراء سواء كان يطؤها أو لم يكن لأن الاستبراء لصيانة الماء، ولا يصان ذلك عنه، فإن اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يزوجها حتى يستبرئها، لأنه كان واجبًا فلا يسقط بإعتاقه لها، قال أحمد فى الرجل تكون له الأمة لا يطؤها فيعتقها: لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها، فإن كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لأنها فى مائه، قال القاضى: معنى قوله: إن كان يطؤها: أى يحل له وطؤها، وهى التى قد استبرأها.

وقوله: إن كان لا يطؤها، أى لا يحل له وطؤها وهى التى لم يمض عليها زمان الاستبراء فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها، وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده، ولا يلزمها استئناف الاستبراء، لأن الاستبراء وجب بالشراء لا بالعتق، فيحسب ابتداؤه من حين وجد سببه.

فصل: وإن قال أعتق عبدك على أن أزوجك ابنتى، فأعتقه، لم يلزمه أن يزوجه ابنته، لأنه

لقوله: «السلطان ولى من لا ولى له» وهذه لها ولى ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل فإن قوله: «فإن اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة: أحدها: أنها حق للولى والدين عليه، الثانى: أن الدين لا ينتقل عنه، والولاية تنتقل عنه لعارض من جنون الولى وفسقه، الثالث: أن الدين لا تعتبر فى بقائه العدالة والولاية يعتبر لها ذلك، وقد زالت العدالة بما ذكرنا، فإن قيل: لو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه قلنا: فسقه بامتناعه فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فكذلك صح تزويجه، وقد روى عن معقل بن يسار قال: زوجت أختًا لى من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدًا، وكان رجلاً لا بأس به، فكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلت الآن أفعل يا رسول الله قال: «فزوجها إياه» رواه البخارى[32].

فصل: وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه، وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: له منعها من التزويج بدون مهر مثلها، لأن عليهم فى ذلك عارًا وفيه ضرر على نسائها لنقص مهر مثلهن.

---

(١٤٢) تقدم برقم (٩١).

(32) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣) والترمذى (١١٠٢) وأحمد (٦/ ١٦٥/ ٤٧) وإسناده صحيح.

سلف فى النكاح وعليه قيمة العبد، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يلزمه شىء لأنه لا فائدة له فى العتق.

ولنا: أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال: أعتق عبدك عنى وعلىَّ ثمنه، وكما لو قال: طَلِّق زوجتك وعلىَّ ألف، فطلقها، أو قال: ألق متاعك فى البحر وعلىَّ ثمنه وبهذه الأصول يبطل قولهم إنه لا فائدة له فى العتق.

١٣٥- **مسألة:** قال: (**وإذا قال الخاطب للولى: أزوَّجت؟ فقال: نعم، وقال للزوج: أقبلت؟ قال: نعم، فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان**).

وقال الشافعى: لا ينعقد حتى يقول معه: زوجتك ابنتى، ويقول الزوج: قبلت هذا التزويج، لأن هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما.

ولنا: أن «نعم» جواب لقوله: أزوجت وقبلت والسؤال يكون مضمرًا فى الجواب معادًا فيه فيكون معنى نعم من الولى: زوَّجته ابنتى، ومعنى نعم من المتزوج: قبلت هذا التزويج، ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به، ولذلك لما قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ (الأعراف: ٤٤) كان إقرارًا منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقًا، ولو قيل لرجل: لى عليك ألف درهم، قال: نعم، كان إقرارًا صحيحًا لا يفتقر إلى نية ولا يرجع فى ذلك إلى تفسيره، وبمثله تقطع اليد فى السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج، كما لو لفظ بذلك.

ولنا: أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجر دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى، ولأن النبى ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه: «التمس ولو خاتمًا من حديد»(33) وقال لامرأة زوجت بنعلين: «أرضيت من نفسك بنعلين؟» قالت: نعم، فأجازه النبى ﷺ(34)، وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك، فإن عمر قال: لو كان مكرمة فى الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم به رسول الله ﷺ(35)، يعنى غلو الصداق، فإن رغبت فى رجل بعينه وهو كفء فأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذى أراداته كان عاضلاً لها، فإن طلبت التزويج بغير كفء فله منعها منه ولا يكون عاضلاً بذلك، لأنها لو زوجت بغير كفئها كان له فسخ النكاح، فلأن يمنع منه ابتداءً أولى.

---

(33) أخرجه البخارى فى «صحيحه» من كتاب «النكاح» باب «إذا كان الولى هو الخاطب» (٧/ ٢٢) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١١١).

(34) أخرجه الترمذى «فى جامعه» (٣/ ح١١١٣) وأحمد «فى مسنده» (٣/ ٤٤٥) وقال الحافظ «فى التقريب»: ضعيف.

(35) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٠٦) والترمذى (٣/ ١١١٤) وإسناده صحيح.

فـصل: ولو قال: زوجتك ابنتى، فقال: قبلت، انعقد النكاح ، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا ينعقد حتى يقول قبلت: هذا النكاح أو هذا التزويج، لأنه كناية فى النكاح يفتقر إلى النية، والإضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع.

ولنا: أن القبول صريح فى الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود، وقولهم يفتقر إلى النيبة، ممنوع فإنه جواب فلا ينصرف إلا إلى المذكور.

فصل: وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج، والجواب عنهما إجماعًا وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب فى قوله سبحانه: ﴿زَوَّجْنَاكَهَا﴾ (الأحزاب: ٢٧) وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: ٢٢) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا، مثل أن يقول: زوجتك ابنتى هذه، فيقول: قبلت هذا النكاح، أو هذا التزويج، ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى وربيعة والشافعى، وقال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد وداود: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وفى لفظ الإجارة عن أبى حنيفة روايتان، وقال مالك: ينعقد بذلك إذا ذكر المهر، واحتجوا بأن النبى ﷺ زوج رجلاً امرأة فقال: «قد ملكتكها بما معك من القرآن» رواه البخارى[١٤٣] ، ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبى ﷺ فانعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج، ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (الأحزاب: ٥٠) فذكر ذلك خالصًا لرسول الله ﷺ ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال، ولأنه ليس بصريح فى

30- مسألة: وإن غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد، وهى ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة فى ظاهر كلام أحمد، وقال الخرقى: ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه، قال القاضى: ما لا تقطعه القافلة فى السنة إلا مرة، وقد قال أحمد: إذا كان الأب بعيد السفر زوج الأبعد، قال أبو الخطاب: فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة.

الكلام فى هذه المسألة من أمرين: **أحدهما:** أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد دون الحاكم وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: يزوجها الحاكم، لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها، ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضرًا، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح.

ولنا: قوله ﷺ : «السلطان ولى من لا ولى لها» وهذه لها ولى فلا يكون السلطان وليّا لها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن

---

(١٤٣) تقدم برقم ٥٨ مسألة (٩١٢).

النكاح فلا ينعقد به كالذى ذكرنا، وهذا لأن الشهادة شرط فى النكاح والكناية إنما تعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطّلاعهم عليها، فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق، وأما الخبر فقد روى «زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها» من طرق صحيحة، والقصة واحدة والظاهر أن الراوى روى بالمعنى ظنًا منه أن معناها واحد فلا تكون حجة، وإن كان النبى ﷺ جمع بين الألفاظ فلا حجة لهم فيه، لأن النكاح انعقد بأحدها والباقى فضلة.

فصل: ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها، وهذا أحد قولى الشافعى، وعند أبى حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية.

ولنا: أن عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة، فلم يصح كلفظ الإحلال، فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه، لأنه عاجز عما سواه، فسقط عنه كالأخرس ويحتاج أن يأتى بمعناهما الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربى، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها، وقال أبو الخطاب: عليه أن يتعلم، لأن ما كانت العربية شرطًا فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير، ووجه الأول أن النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير، فإن كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذى يحسن العربية بها والآخر يأتى بلسانه، فإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التى أتى بها صاحبه لفظة الإنكاح بأن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعًا.

فصل: فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها، لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح بأشارته كبيعه وطلاقه ولعانه، وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية، ولأن النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد

أو مات، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل، وإذا عضلها فهى كمسألتنا.

الفصل الثانى: فى الغيبة المنقطعة التى يجوز للأبعد التزويج فى مثلها ففى قول الخرقى هى ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه، لأن مثل هذا يتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة أى تنقطع عن إمكان تزويجها، وقال القاضى: يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القوافل فيه فى السنة إلا مرة لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها، وقد قال أحمد فى موضع: إذا كان الأب بعيد السفر زوج الأخ، يحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر البعيد الذى علقت عليه الأحكام، وذكر أبو بكر وجوهًا: **أحدها:** ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة لأن أحمد قال: إذا لم يكن ولى حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة فالسلطان

منهما ما يصدر من صاحبه، ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضًا لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم، قال أحمد: لا يزوجه وليه، يعنى إذا كان بالغًا، لأن الخرس لا يوجب الحجر فهو كالصمم.

فصل: إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بلفظ الماضى مثل أن يقول: تزوجت ابنتك، فيقول: زوجتك، أو بلفظ الطلب كقوله: زوجنى ابنتك، فيقول: زوجتكها وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: يصح فيهما جميعًا، لأنه قد وجد الإيجاب والقبول فيصح كما لو تقدم الإيجاب.

ولنا: أن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام، ولأنه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح فإذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام، ولأنه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال: قبلت هذا النكاح، فقال الولى: زوجتك ابنتى، لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى، وأما البيع فلا يشترط فيه صيغة الإيجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة، ولأنه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأى لفظ كان مما يؤدى المعنى ولا يلزم الخلع، لأنه يصح تعليقه على الشروط.

فصل: وإذا عقد النكاح هازلاً أو تلجئة(*) صح، لأن النبى ﷺ قال: «ثلاث هزلهن جد وجدهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة»(١٤٤) رواه الترمذى، وعن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «من نكح لاعبًا أو طلق لاعبًا أو أعتق لاعبًا جاز»(١٤٥) قال عمر: أربع

ولى من لا ولى له، قال شيخنا: وهذا القول إن شاء الله أقربها إلى الصواب فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف فى هذه المسألة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج فى مثله فإنه يتعذر فى ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب فيكون كالمعدوم، والتحديد بالعام كثير فإن الضرر يلحق بالانتظار

(*) **التلجئة**: الإكراه، قال أبو الهيثم: التلجئة، أن يلجئك أن تأتى أمرًا باطنه خلاف ظاهره (اللسان مادة/ لجأ).

(١٤٤) أخرجه الترمذى (٣/ ح١١٨٤) وقال: حديث حسن غريب، كما أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٩٤) وابن ماجه (١/ ٢٠٣٩) وإسناده حسن، وللحديث شواهد يرقى بها إلى درجة الحسن والله أعلم.

(١٤٥) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ١٣٥) وذكره الهيثمى فى «المجمع» (٤/ ٨٨) وقال: رواه الطبرانى وفيه مفصل ورجاله رجال الصحيح وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٣/ ٢٩٤) وعزاه إلى عبد الرزاق عن طريق إبراهيم بن محمد بن صفوان بن سليم أن أبا ذر قال... فذكره، وإبراهيم بن محمد هذا «متروك» كما قال الحافظ فى «التقريب» وأخرج ابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٧/ ١٠٤/ ٢) عن الحسن به، وكذلك الطبرانى فى تفسيره (٥/ ١٣) عن الحسن أيضًا، والحديث مرسل صحيح الإسناد إلى الحسن.

جائزات إذا تكلم بهن: الطلاق والنكاح والعتاق والنذر[١٤٦]، وقال على: أربع لا لعب فيهن: الطلاق والعتاق والنكاح والنذر[١٤٧].

فصل: إذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما فى المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره، لأن حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار فى عقود المعاوضات، فإن تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب فإنه لا يوجد معناه فإن الإعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولاً، وكذلك إن تشاغلا عنه بما يقطعه لأنه معرض عن العقد أيضًا بالاشتغال عن قبوله، وقد نقل أبو طالب عن أحمد فى رجل مشى إليه قوم فقالوا له زوج فلانًا، قال: قد زوجته على ألف، فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فقال: قد قبلت، هل يكون هذا نكاحًا؟ قال: نعم، قال القاضى: هذا محمول على أنه وكل من قبل العقد فى المجلس، وقال أبو بكر: مسألة أبى طالب تتوجه على قولين واختار أنه لا بد من القبول فى المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد بالقبول بعده، لأنه ما لم يُضَامّه القبول لم يكن عقدًا فبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون، وهذا مذهب الشافعى، وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب، لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا.

فصل: ولا يثبت فى النكاح خيار، وسواء فى ذلك خيار المجلس وخيار الشرط، ولا

فى مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل منه كتاب أبعد ومن هو على مسافة لا تلحق المشقة بمكاتبته فكان التوسط أولى، واختلف أصحاب أبى حنيفة فى الغيبة المنقطعة فقال بعضهم كقول القاضى وبعضهم قال: من الرى إلى بغداد، وقال بعضهم: من الرقة إلى البصرة، وهذان القولان يشبهان قول أبى بكر، واختلف أصحاب الشافعى فى الغيبة التى يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم: مسافة القصر، وقال بعضهم: يزوجها الحاكم، وإن كان الولى قريبًا وهو منصوص الشافعى، وظاهر كلام أحمد أنه إذا كانت الغيبة غير منقطعة أنه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل.

فصل: فإن كان القريب أسيرًا أو محبوسًا فى مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد

---

(١٤٦) أخرجه البيهقى فى «سننه الكبرى» (٧/ ٣٤١) من طريق محمد بن إسحاق عن عمارة بن عبد الله سمع سعيد بن المسيب عن عمر فيه موقوفًا ومحمد بن إسحاق مدلس وقد عنعنه ومن طريق حجاج عن سليمان بن سحيم عن سعيد بن المسيب عن عمر ورجاله ثقات إلا أن الحجاج وهو ابن أرطاة وهو مدلس وقد عنعنه.

(١٤٧) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٣٧٠/ ١٦٠٩) من طريق حجاج بن أرطاة عن سليمان بن سحيم عن سعيد بن المسيب قال... به وحجاج بن أرطاة مدلس وقد عنعنه ورجال الإسناد ثقات.

نعلم أحدًا خالف في هذا وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه، فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكرٍ ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الأسواق من غير فكر ولا روية، ولأن النكاح ليس بمعارضة محضة، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده، ولأن ثبوت الخيار يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة فإن في فسخه بعد العقد ضررًا بالمرأة، ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق.

فصل: ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي ﷺ: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع»(١٤٨) وقال: «كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء»(١٤٩) رواهما ابن المنذر، ويجزئ من ذلك أن يحمد الله ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ والمستحب أن يخطب بخطبة عبد الله بن مسعود التي قال: علمنا رسول الله ﷺ التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال: التشهد في الحاجة: إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات: ﴿اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ (آل عمران: ١٠٢) ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (النساء: ١) ﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ﴾ (الأحزاب: ٧٠، ٧١) الآية، رواه أبو داود والترمذي(١٥٠)، وقال: حديث حسن، قال

فإن البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود ههنا، وكذلك إن كان غائبًا لا يعلم أقريب هو أم بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد.

31- مسألة: (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال إلا إذا أسلمت أم ولده في وجه).

أما الكافر فليس له ولاية على مسلمة بحال وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، وذكر شيخنا ههنا أن فيه وجهًا أن الكافر يلي نكاح أم ولده إذا أسلمت وذكره أبو الخطاب لأنها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم، ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها، **والثاني**: لا يليه لقول الله

---

(١٤٨) (أ) أخرجه أبو داود في «سننه» (٤/ ح٤٨٤٠) وابن ماجه (١/ ١٨٩٤) وأحمد في «مسنده» (٢/ ٣٥٩) وقال الألباني في الإرواء (٢): ضعيف جدًا.

(ب) أخرجه أبو داود في «سننه» (٤/ ح٤٨٤١) والترمذي في «سننه» (٣/ ح١١٠٦) وأحمد في «مسنده» (٢/ ٣٠٢، ٣٤٣) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٣/ ٢٠٩) وإسناده صحيح.

(١٤٩) انظر تخريج الحديث أعلاه (١٤٨).

(١٥٠) أخرجه أبو داود (٢/ ٢١١٨) والترمذي (٣/ ١١٠٥) والنسائي (٣/ ١٤٠٣) وابن ماجه (١/ ١٨٩٢) والدارمي (١/ ٢٢٠٢) وأحمد في «مسنده» (١/ ٣٩٢، ٣٩٣، ٤٣٢).

الخلال: حدثنا أبو سليمان إمام طرسوس قال: كان الإمام أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود قام وتركهم، وهذا كان من أبى عبد الله من المبالغة فى استحبابها لا على الإيجاب، فإن حرب بن إسماعيل قال: قلت لأحمد: فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود، فوسع فى ذلك، وقد روى عن ابن عمر أنه إذا كان دعى ليزوج قال: لا تغضفوا[(١٥١)] علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد إن فلانًا يخطب إليكم فإن أنكحتموه فالحمد لله وإن رددتموه فسبحان الله[(١٥٢)]، والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولى أو الزوج أو غيرهما، وقال الشافعى: المسنون خطبتان: هذه التى ذكرناها فى أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله، والمنقول عن النبى ﷺ وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع.

فصل: والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه إلا داود، فإنه أوجبها لما ذكرناه.

ولنا: أن رجلاً قال للنبى ﷺ: يا رسول الله زوجنيها، فقال رسول الله ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن»[(١٥٣)] متفق عليه، ولم يذكر خطبة، وخُطِب إلى ابن عمر مولاة له فما زاد على أن قال: أنكحتك على ما أمر الله على إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان[(١٥٤)]، وقال جعفر بن محمد عن أبيه: إن كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يَتَعَرَّق العرقْ[(١٥٥)] رواهما ابن المنذر، وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بنى سليم قال:

تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (الأنفال: ٧٣) ولأنها مسلمة فلا يلى نكاحها كابنته فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا الوجه أولى لما ذكرنا من الإجماع.

32- مسألة: (ولا يلى مسلم نكاح كافرة إلا سيد الأمة وولى سيدها أو السلطان لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾).

ولأن مختلفى الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقًا فأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها الكافر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك سيد الأمة الكافرة يلى تزويجها لكافر لأنها ولاية بالملك فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلمًا كسائر الولايات، ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا ولى لها غير سيدها، فأما السلطان

(١٥١) فى نسخة: «لا تفضضوا».

(١٥٢) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨١) عن ابن عمر موقوفًا.

(١٥٣) أخرجه البخارى فى «صحيحه» (٣/ ١٣٢) من كتاب النكاح، ومسلم من كتاب «النكاح» (٢/ ١٠٤١/ ٧٦).

(١٥٤) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ح١٠٤٥٣/ ١٨٩) وابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٤/ ١٤٣) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٨٦/ ح٦٨٧) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٤٧).

(١٥٥) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ح١٠٤٥١) بلفظ: «وهو يتعرق لعظم» «يتعرق العظم» يعنى إذا أخذ عنه اللحم بأسنانه، وابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٧/ ١٤٧).

خَطَبْتُ إلى رسول الله ﷺ أمامة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يتشهد(١٥٦)، ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع، وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب.

فصل: ويستحب إعلان النكاح والضرب فيه بالدف، قال أحمد: يستحب أن يُظْهر النكاح ويُضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويُعرف، وقيل له: ما الدف؟ قال: هذا الدف، قال لا بأس بالغَزَل في العرس بمثل قول النبي ﷺ للأنصار: «أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم لولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم، ولولا الحنطة السوداء ما سُرَّت عذاريكم»(١٥٧) لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه «ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم».

وقال أحمد أيضًا: يستحب ضرب الدف والصوت في الإملاك، فقيل له ما الصوت؟ قال: يتكلم ويتحدث ويظهر والأصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال: قال رسول الله ﷺ: «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح»(١٥٨) رواه النسائي، وقال

فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام وهذه من أهل الدار فثبتت له الولاية عليها كالمسلمة.

وتثبت الولاية للكافر على أهل دينه على حسب ما ذكرنا في المسلمين وتعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين.

33- مسألة: (ويلي الذمي نكاح موليته الذمية من الذمي لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ وهل يليه من مسلم؟ على وجهين).

أحدهما: يليه، ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه وليها فصح تزويجه لها كما لو

---

(١٥٦) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢/ ح٢١٢٠) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ١٤٧) من طريق العلاء ابن أخي شعيب الرازي عن إسماعيل بن إبراهيم عن رجل من بني سليم به والحديث إسناده ضعيف، فيه العلاء ابن أخي شعيب قال فيه الحافظ في «التهذيب» قال الذهبي: لا يعرف تفرد عنه شعبة، وأيضًا إسماعيل بن إبراهيم قال الحافظ: مجهول.

(١٥٧) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (١/ ح١٩٠٠) والحاكم في «مستدركه» (٢/ ١٨٣، ١٨٤) وأحمد في مسنده (٣/ ٢٩١) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٨٨، ٢٨٩) وإسناده حسن لولا أبو الزبير فهو مدلس وقد عنعنه.

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٨٩) وقال: رواه الطبراني في الأوسط رواد بن الجراح وثقه أحمد وابن معين وابن حبان وفيه ضعف وبالجملة فالحديث يرقى إلى درجة الحسن والله أعلم وأصل الحديث عند البخاري أخرجه في كتاب النكاح (٩/ ح٥١٦٢) من حديث عائشة أنها زفت امرأة إلى رجل من الأنصار فقال نبي الله ﷺ: يا عائشة، ما كان معكم لهو، فإن الأنصار يعجبهم اللهو.

(١٥٨) أخرجه النسائي في «سننه» (٦/ ح١٠٨٨) والترمذي في «جامعه» (٣/ ح١٠٨٨) وابن ماجه (١/ ح١٨٩٦) وأحمد في «مسنده» (٣/ ٤١٨) (٤/ ٢٥٩) والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٨٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٨٩) وإسناده حسن.

ﷺ: «أعلنوا النكاح - وفى لفظ - أظهروا النكاح»(١٥٩) وكان يحب أن يضرب عليها بالدف، وفى لفظ: «واضربوا عليه بالغربال»(١٦٠).

وعن عائشة أنها زوجت يتيمةً رجلاً من الأنصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت: فلما رجعنا قال لنا رسول الله ﷺ: «ما قلتم يا عائشة؟» قالت: سَلَّمْنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا، فقال: «إن الأنصار قوم فيهم غزل ألا قلتم يا عائشة: أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم؟»(١٦١) روى هذا كله أبو عبد الله بن ماجه فى سننه، وقال أحمد رحمه الله: لا بأس بالدف فى العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكُوبَة التى نهى عنها النبى ﷺ(١٦٢).

فصل: فإن عقده بولى وشاهدين فأسروه أو تواصوا بكتمانه كُره ذلك وصح النكاح، وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وابن المنذر وممن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه وعروة وعبد الله بن عبيد الله بن عتبة والشعبى ونافع مولى ابن عمر، وقال أبو بكر عبد العزيز: النكاح باطل لأن أحمد قال إذا تزوج بولى وشاهدين: لا حتى يعلنه، وهذا مذهب مالك والحجة لهما ما تقدم فى الفصل الذى قبل هذا.

ولنا: قوله «لا نكاح إلا بولى»(١٦٣) مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الإظهار، ولأنه

زَوَّجها كافرًا ولأنها امرأة لها ولى مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمى، **والثانى**: عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ووجهه أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين، والأول أصح والشاهدان يرادان لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية.

34- مسألة: (وإذا زوج الأبعد من غير عذر للأقرب أو زوج الأجنبى لم يصح وعنه يصح ويقف على إجازة الولى).

---

(١٥٩) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٤/ ٥) وابن حبان فى «صحيحه» (٦/ ح٤٠٥٤/ إحسان) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٨٣) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبى وقال: صحيح سمعه منه ابن وهب، والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٨٨) وأبو نعيم فى الحلية (٨/ ٣٢٨).

(١٦٠) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٨٩٥) والبيهقى فى «سننه» (٧/ ٢٩٠) من طريق خالد بن إلياس عن زين بن أبى عبد الرحمن عن القاسم عن عائشة... وخالد بن إلياس «ضعيف» قاله البيهقى، وقال الحافظ فى التقريب: «متروك الحديث» وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٣/ ١٦٨) وقال: رواه الترمذى من طريق عيسى بن ميمون وهو يضعف فى الحديث.

(١٦١) تقدم تخريجه برقم (١٥٧).

(١٦٢) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٦٨٥) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٧٤، ٢٨٩، ٣٥٠) (٢/ ١٥٨، ١٦٥، ١٦٧، ١٧١) وانظر السلسلة الصحيحة (١٧٠٨، ١٨٠٦).

(١٦٣) تقدم برقم (١١) مسألة ١٠٩٩.

عقد معاوضة فلم يشترط إظهاره كالبيع وأخبار الإعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب فكذلك ما عطف عليه، وقول أحمد: لا، نهى كراهة فإنه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك، ولأن إعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون فى الغالب بعد عقده ولو كان شرطًا لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط.

فصل: ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة، لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم ضمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة، ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام، والمساية أولى فإن أبا حفص روى بإسناده عن أبى هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «مسوا بالإملاك فإنه أعظم للبركة»(١٦٤) ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره.

فصل: ويستحب أن يقال للمتزوج: بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما فى خير وعافية، وقد روى أن النبى ﷺ رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال: «ما هذا؟» فقال: إنى تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال: «بارك الله لك أَوْلِمْ ولو بشاة» متفق عليه(١٦٥) قال بعض أهل العلم: وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب، وقال المبرد: الصواب عند أهل العلم بالعربية أن يقال: على نواة فحسب فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية أربعون درهمًا والنَّشّ عشرون والله أعلم.

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين: **أحدهما:** أنه إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب وإجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: يصح لأن هذا ولى فصح أن يزوجها بإذنها كالأقرب.

ولنا: أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد.

الفصل الثانى: أن هذا العقد يقع فاسدًا لا يقف على الإجازة ولا يصير بالإجازة صحيحًا وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبى أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها أو تزوج العبد بغير إذن سيده فالنكاح فى هذا كله باطل فى أصح الروايتين نص عليه أحمد فى مواضع وهو قول الشافعى وأبى عبيد وأبى ثور، وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الإجازة فإن أجازه جاز وإن لم يجزه فسد، قال أحمد فى صغير زوجه عمه: فإن رضى به فى وقت من الأوقات جاز وإن لم يرض فسخ، وإذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت، وقال: إذا تزوج العبد بغير إذن

---

(١٦٤) رواه أبو حفص البكرى ولم أجد له سندًا كما فى الإرواء.

(١٦٥) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ح٥١٥٣/ فتح) ومسلم فى النكاح (٢/ ٤٢/ ١٠٤٢/ ٧٩ - ٨١) وأبو داود (٢/ ح٢١٠٩) والترمذى (٣/ ١٠٩٤) والنسائى (٦/ ح٣٣٥١) ومالك فى الموطأ (٢/ ٥٤٥/ ٤٧) والدارمى (٢/ ح٢٢٠٤).

فصل: ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ما روى صالح بن أحمد فى مسائلة عن أبيه حدثنا داود عن أبى نضرة عن أبى سعيد مولى أبى أسيد قال: تزوج فحضره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ برأس أهلك فقل اللهم بارك لى فى أهلى وبارك لأهلى فىَّ وارزقهم منى وارزقنى منهم ثم شأنك وشأن أهلك[١٦٦] وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا تزوج أحدكم امرأة-واشترى خادمًا فليقل، اللهم إنى أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه، وإذا اشترى بعيرًا فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك»[١٦٧].

١١٣٦- مسألة: قال: **(وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات).**

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحدًا خالفه إلا شيئًا يحكى عن ابن القاسم بن إبراهيم[١٦٨] أنه أباح تسعًا لقول الله تعالى: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ**﴾ (النساء: ٣) والواو للجمع، ولأن النبى ﷺ مات عن تسع، وهذا ليس بشىء لأنه خرق للإجماع وترك للسنة فإن رسول الله ﷺ قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة: «أمسك أربعًا وفارق سائرهن»[١٦٩] وقال نوفل بن معاوية: أسلمت وتحتى خمس

سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فإن إذن فى التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأى فى كل مسألة يعتبر فيها الإذن، وروى ذلك فى النكاح بغير ولى عن على بن أبى طالب رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد والحسن بن صالح وإسحاق وأبى يوسف ومحمد لما روى أن جارية بكرًا أتت النبى ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى ﷺ، رواه أبو داود وابن ماجه[36] وروى أن فتاة جاءت إلى النبى ﷺ فقالت: إن أبى زوجنى من ابن أخيه ليرفع بى خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبى ولكن أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئًا[37]، ولأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية، ووجه الأولى قول النبى ﷺ: «أيما امرأة نكحت

---

(١٦٦) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ح١٠٤٦٢، ١٩١/ ١٩٢) بلفظه والبيهقى فى «سننه» (٣/ ١٢٦) وليس فيه الشطر الآخر من أول قوله: «إذا دخلت على أهلك».

(١٦٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٦٠) وفيه قال أبو داود: زاد أبو سعيد «ثم ليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة» فى الزاه والخادم، وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٢٢٥٢) وإسناده حسن.

(١٦٨) انظر مراتب الإجماع لابن حزم (ص ٦٣).

(١٦٩) أخرجه الترمذى فى «جامعه» (٣/ ح١١٢٨) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٥٢، ١٩٥٣) وابن حبان (١/ ٦٢٨) والحاكم (٢/ ١٩٢، ١٩٣) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٤٩، ١٨١) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٤٤) وإسناده صحيح.

(36) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٩٦) وابن ماجه (١/ ١٨٧٥) وإسناده صحيح.

(37) أخرجه النسائى (٦/ ٣٢٦٩).

نسوة، فقال النبى ﷺ: «فارق واحدة منهن»(١٧٠) رواهما الشافعى فى مسنده، وإذا منع من استـدامة زيادة عن أربع فالابتداء أولى، فـالآية أريد بها التخـيير بين اثنتين وثلاث وأربع كـما قال: ﴿أُولِي أَجْنِحَةٍ مَّثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ (فاطر: ١)ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى، ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية، وأما النبى ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر.

١١٣٧- **مسألة:** قال: **(وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين)**.

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين، واختلفوا فى إباحة الأربع فمذهب أحمد أنه لا يباح له إلا اثنتان وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلى وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم وبه قال عطاء والحسن والشعبى وقـتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وقال القاسـم بن محمد وسالم ابن عبد الله وطاوس ومجاهد والزهرى وربيـعة ومالك وأبو ثور وداود: له نكاح أربع، لعموم الآية ولأن هذا طريقُه اللذة والشهوة فساوى العبد الحر فيه كالمأكول.

ولنا: قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعًا، وقد روى ليث بن أبى سليم عن الحكم بن قتيبة(*) قال: أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكـثر من اثنتين(١٧١) ويقوى هذا ما روى الإمام أحمـد بإسناده عن محمد بن سيـرين أن عمر رضي الله عنه سـأل الناس: كم يتزوج العبـد؟ فقال عـبد الرحمن بن عـوف: باثنتين

نفسها بغير إذن وليها فنكاحهـا باطل» وقال: «إذا نكح العبد بغير سيده فنكاحه باطل»(38) رواه أبو داود وابن ماجـه إلا أن أبا داود قال: هو موقوف على ابن عـمر، ولأنه عقد لا تثـبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعـان والتوارث فلم ينعقد كنكاح المـعتدة، فأمـا حديث المرأة التى خيرها رسول الله ﷺ فهو مـرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود، ثم يحـتمل أن هذه المرأة هى التـى قالت: زوجنى أبى من ابن أخيـه ليرفع به خسيـسته، فتخـييرها لتزويجهـا من غير كفئـها وهذا يثبت الخيار ولا يبـطل النكاح والوصية يتراخى فيهـا القبول وتجوز بعد الموت فـهى معدول بها عن سائر التصـرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحهـا، فأما على الرواية الأخرى فإن الشـهادة تعتبر فى العقـد لأنها شرط له فيعتـبر وجودها معه كالقبـول ولا تعتبر فى الإجازة لأنها ليست بعـقد ولأنها إذا وجدت أسند

---

(١٧٠) أخرجه الشافعى برقم (١٦٠٦) كما قال الألبانى فى الإرواء (١٨٨٤) والبيهقى (٧/ ١٨٤) من طريق الشافعى وإسناده ضعيف من أجل شيخ الشافعى فإنه لم يسمه.

(*) فى نسخة: عتيبة.

(١٧١) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٥٨).

(38) أخرجـه أبو داود (٢/ ح٢٠٧٩) وقال أبو داود: هـذا الحديث ضـعيف وهو مـوقوف، وابن مـاجه (١/ ١٩٠٩) بنحوه من حديث جابر بلفظ: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر» وإسناده حسن.

وطلاقه باثنتين[١٧٢]، فدل هذا على أن ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار وهو قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: ٣) ويفارق النكاح المأكول فإنه مبنى على التفضل ولهذا فارق النبى ﷺ فيه أمته، ولأن فيه ملكًا والعبد ينقص فى الملك عن الحر.

١١٣٨- **مسألة:** قال: (وله أن يتسرَّى بإذن سيده).

هذا هو المنصوص عن أحمد فى رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبى والنخعى والزهرى ومالك والأوزاعى والثورى وأبى ثور وكره ذلك ابن سيرين وحماد بن أبى سليمان والثورى وأصحاب الرأى، وللشافعى قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أو لا؟ وقال القاضى أبو يعلى يجب أن يكون فى مذهب أحمد، فى تسرى العبد وجهان مبنيان على الروايتين فى ثبوت الملك له بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز له الوطء إلا فى نكاح أو ملك يمين لقول الله تعالى: ﴿إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ (المؤمنون: ٦، ٧).

ولنا: قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفًا، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسًا أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس[١٧٣] ولأن العبد يملك النكاح فملك التسرى كالحر، وقولهم: إن العبد لا يملك المال، ممنوع فإن النبى ﷺ قال: «من اشترى عبدًا وله مال»[١٧٤] فجعل المال له، ولأنه آدمى فملك المال كالحر وذلك لأنه بآدميته يتمهد لأهلية الملك إذ كان الله تعالى خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف وأداء العبادات، قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى الأَرْضِ جَمِيعًا﴾ (البقرة: ٢٩) والعبد داخل فى العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلاً للملك

الملك إلى حالة العقد حتى لو كان فى الصداق بما ملك من حين العقد لا من حين الإجازة، وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر لأنه عقد تلزمه إجازته فهو كالصحيح وإن كان مما لا يجيزه لم يرثه.

فصل: **ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها والأمة بغير إذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من** الروايتين قال شيخنا: والصحيح عندى أنه لا يدخل فيها لتصريح النبى ﷺ فيه بالبطلان ولأن الإجازة إنما تكون لعقد صدر من أهله فى محله فأما ما لا يصدر من الأهل كالذى عقده

---

(١٧٢) لم أجده عند الإمام أحمد فى مسند عمر بن الخطاب، أو لعله فى مكان آخر غير المسند، وأخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٥٨).

(١٧٣) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢١٤، ٢١٥) وابن أبى شيبة فى «المصنف» (٤/ ١٧٤) وسعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٩، ٧٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٥٢).

(١٧٤) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٧٠١) «من كتاب البيوع» برقم (١٤).

ولذلك ملك فى النكاح، وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فـيها باعتبار مآله إلى الآدمية فالعبد الذى هو آدمى مكلف أولى.

إذا ثبت هذا: فلا يجوز له التسرى إلا بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يبح له وطؤها حتى يأذن له فيه، لأن ملكه ناقـص ولسيده نزعه منه متى شاء من غيـر فسخ عقد فلم يكن له التصـرف فيه إلا بإذن سيـده، فإن أذن له فقال: تـسر بها أو أذنت لك فى وطئهـا، أو ما دل عليه، أبيح له، وما ولد له من الـتسرى فحكمه حكم ملكه، لأن الجـارية مملوكة له فكذلك ولدها، وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده.

فصل: وله التسرى بما شاء إذا أذن له السيد فى ذلك، نص عليه أحمد، لأن من جاز له التسرى جاز من غير حصر كالحر، فإن أذن له وأطلق التسرى تسرى بواحدة وكذلك إذا أذن له فى التزويج لم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة، وبهذا قال أصحاب الرأى وأبو ثور، وإذا أذن له فى التزويج فعقد على اثنتين فى عقد جاز.

ولنا: أن الإذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينًا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الأصل، كما لو أذن له فى طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة، ولأن الزائد على الواحدة يحتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا؟.

فـصل: والمكاتب كالعبـد القن لا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سـيده لأن فى ذلك إتلافًا للمال الذى فى يديه، وقد قال ﷺ: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»(١٧٥) وأما المعتق بعضه فإذا ملك بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير إذن سيده لقوله سبحانه: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: ٣) ولأن ملكه عليها غير تام له التصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده فكذلك الوطء وما فـيه من الرق لا يمنعه من اسـتيفاء مـا يملكه كما له أن يتصـرف ويأكل ما ملكه بنصفـه الحر، وقـال القاضى: حكمه حكم القن وهو مـنصوص الشافـعى، وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمـكنه الوطء بنصفه الحر وحده، وكذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده.

المجنون أو الطفل فلم يقف على الإجازة وهذا عقـد لم يصدر من أهله فإن المرأة ليست أهلاً له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح مع الإذن القارن فـأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا القول، وأما على القول الآخر فمتى تزوجت بغير إذن الولى فيرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته والأمر فيه إلى الـولى فمتى رده بطل لأن من وقف بالحكم على إجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير إذنها وفيه وجه آخر أنه كان الزوج كفؤًا أمر الحاكم الولى بإجازته فإن لم يفـعل أجازه الحاكم، لأنه لو امتنع صـار عاضلاً فانتـقلت الولاية عنه إلى الحاكم فى ابتداء العقد ومـتى حصلت الإصابة قبل الإجازة ثم أجيـز فالمهر واحد إما المسـمى وإما مهر المثل إن لم يكن مـسمى، فإن الإجازة مسندة إلى حـالة العقد فيثـبت الحل والملك من حين

(١٧٥) تقدم برقم (٣١) مسألة (١٠٤٠).

ولنا: أنه لا حق لسيده فيها ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها فلم يعتبر إذنه فيها كاستخدامها، وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بجملته فاعتبر رضى سيده ليكون راضيًا بتعلق الحق بملكه بخلاف مسألتنا، فإن الحق له لا عليه فأما إن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من منع العبد التسرِّى، لأنه كالقِنِّ فى قولهم.

نقل محمد بن ماهان عن أحمد: لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانئ ويعقوب بن بختان ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع، لأنه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسًا على النكاح.

وقال القاضى: يحتمل أنه أراد بالتسرى ها هنا التزويج وسماه تسريًا مجازًا ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا، وذلك لأنه ملك بضعًا أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه(١٧٦).

١١٣٩- مسألة: قال: **(ومتى طلق الحر أو العبد طلاقًا يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضى عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضى عدتها وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه).**

وجملة ذلك: أن الرجل إذا تزوج امرأة حُرِّمت عليه أمها على التأبيد وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع، وكذلك إن تزوج الحر أربعًا حرمت الخامسة تحريم جمع وإن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقًا رجعيًا فالتحريم باق بحاله فى قولهم جميعًا، وإن كان الطلاق بائنًا أو فسخًا فكذلك عند إمامنا

العقد كما ذكرنا فى البيع ولذلك لم يجب الحد، ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح، ولأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها، لأنها أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك اليمين على ملك النكاح، وإن خرجت إلى من تحل له كالمرأة أو اثنتين فكذلك أيضًا، لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يجز بإجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجازها المشترى الثانى مع الأجنبى، وفيه وجه آخر أنه يجوز بإجازة المالك الثانى، لأنه يملك ابتداء العقد فملك إجازته كالأول، ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو هبة أو إرث أو غيره فأما إن أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح لأنه إنما وقف لحق المولى فإذا أعتق سقط حقه فصح واحتمل أن لا يجوز لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة ولأن حق المولى إن بطل من الملك لم يبطل من ولاية التزويج فإنه يليها بالولاء.

---

(١٧٦) وفى نسخة زيادة (وما ذكروه فى هذا الفصل مناقض لما ذكره قبله فى صدر المسألة، من قوله: ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ).

حـتى تنقضى عـدتها، وروى ذلك عن علـى وابن عبـاس وزيد بن ثابت وبه قال سـعيـد بن المسيب ومجاهد والنخعى والثورى وأصـحاب الرأى، وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبى ليلى ومالك والشافـعى وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سـمينا فى تحريم الجـمع، وروى ذلك عن زيد بن ثابت، لأن المـحرم الجـمع بينهمـا فى النكاح بدليل قـوله تعـالى: ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ** ﴾ (النسـاء: ٢٣) أى نكاحهـن، ثم قال: ﴿ **وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾ (النســاء: ٢٣) معطوفًـا عليه، والبائن ليست فى نكاحـه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول.

ولنا: قول على وابن عباس وروى عن عبيدة السلمانى أنه قال: ما أجمعت الصحابة على شىء كإجـماعهم على أربع قـبل الظهر وأن لا تُنْكَح امـرأة فى عدة أختـها، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه فى رحم أختين»(١٧٧) وروى عن أبى الزناد قال: «كـان للوليد بن عبد المـلك أربع نسوة فطلق واحدة البتـة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثيـر من الفقهاء» وليس كلهم عابه(١٧٨)، قال سعـيد بن منصور: إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأى شىء بقى؟ ولأنها مـحبوسة عن النكاح لِحَقِّه أشبه ما لو كان الطلاق رجعيًا ولأنها معتدة فى حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل الدخول بها.

فـــصل: ولو أسلم زوج المجـوسية أو الوثنية أو انفـسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو

فـصل: وإذا تزوجت التى يعتبر إذنها بغير إذنها وقلنا يقف على إجازتها فإجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطء والمطالبة بالـمهر أو النفقة ولا فرق فى ذلك بين البكر والثـيب، لأن أدلة الرضـا تقوم مـقام النطق به، ولـذلك قال النبى ﷺ لبـريرة: «إن وطئك زوجك فلا خيار لك» جعل تمكينها دليلاً على إسقـاط حقها والمطالبة بالمهر أو النفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضا لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به.

35- مـسـألة: (ووكيل كل واحـد من هؤلاء يقوم مقامـه وإن كان حاضراً ووصـيه فى النكاح بمنزلته).

يجوز التوكيل فى النكاح سواء كان الولى حاضرًا أو غائبًـا مجبرًا أو غير مجبر، لأنه روى أن النبى ﷺ وكَّل أبا رافع فى تزويجه ميمونة ووكَّل عمـرو بن أمية الضمرى فى تزويجه أم حبيبة، ولأنه عقـد معاوضة فجاز التوكيل، ولأصحاب الشافـعى فى التوكيل غير الأب والجد وجهان: **أحدهما:** لا يجوز، لأنه يلى بالإذن فلم يجز له التوكيل كالوكيل.

---

(١٧٧) ذكره ابن حجر فى تلخيص الحبيـر (٣/ ٤/ ١٩٠) وفيه زوائد أخرى عنده «ملعون من جمع ماء فى رحم أختين» وقال: «لا أصل له» باللفظين، وقال الزيلعى فى «نصب الراية».

(١٧٨) أخرجه سعيد بن منصور فى سننه (١/ ١٧٤٩/ ٤٠٠) (٣/ ١٦٨): حديث غريب.

رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحدًا ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضى عدتها، سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل، وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها فى عدتها ثم أسلما فى عدة الأولى اختار منهما واحدة كما لو تزوجهما معًا وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانت وثبت نكاح الثانية.

فصل: إذا أعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضى استبراؤها، نص عليه أحمد فى أم الولد، وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: يجوز لأنها ليست زوجة ولا فى عدة من نكاح.

ولنا: أنها معتدة منه فلم يجز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه فى رحمها فيكون داخلاً فى عموم من جمع ماءه فى رحم أختين، ولا يمنع من نكاح أربع سواها، ومنعه زفر وهو غلط لأن ذلك جائز قبل إعتاقها فبعده أولى.

فصل: ولا يمنع من نكاح أمة فى عدة حرة بائن، ومنعه أبو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها فى صلب نكاحها.

ولنا: أنه عادم للطَّوْل خائف للعنت فأبيح له نكاحها، لقوله تعالى: ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً**﴾ (النساء: ٢٥) الآية، ولا نسلم أنه لا يجوز فى صلب نكاح الحرة، بل يجوز إذا تحقق الشرطان.

فصل: وإن زنى بامرأة فليس له أن يتزوج بأختها حتى تنقضى عدتها، وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح، فإن زنى بأخت امرأته، فقال أحمد: يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض، وقد ذكر عنه فى المَزْنِيِّ بها أنها تُستبرأ بحيضة، لأنه وطء من غير نكاح ولا أحكامه أحكام النكاح ويحتمل أن لا تحرم بذلك أختها

ولنا: أنه يلى شرعًا فكان له التوكيل كالأب، ولا يصح قولهم إنه يلى بالإذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها، وإنما إذنه شرط لصحة تصرفه فأشبة ولاية الحاكم عليها ولا خلاف فى أن للحاكم أن يستنيب فى التزويج من غير إذن المرأة، ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف ثبتت الإنابة من قبلها؟.

فصل: ويجوز التوكيل مطلقًا ومقيدًا فالمقيد التوكيل فى تزويج رجل بعينه، والمطلق التوكيل فى تزويج من يرضاه أو من شاء، قال أحمد فى رواية عبد الله فى الرجل يولى على أخته وابنته تقول: إذا وجدت من أرضاه فزوجه فتزويجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق، ولا يصح فإنه روى أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال: إذا وجدت لها كفؤًا فزوجه ولو بشراك نعله فزوجها عمر عثمان بن عفان فهى أم عمر بن عثمان، واشتهر ذلك فلم ينكر، ولأنه إذن فى النكاح فجاز مطلقًا كإذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقًا كالمبيع.

ولا أربع سواها، لأنها ليست منكوحة، ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء فى ملك اليمين لا يمنع أربعًا سواها.

فـصل: وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقـضاء عدتها فى مدة يجوز انقضـاؤها فيها وكذبتـه أبيح له نكاح أختهـا وأربع سواها فى الظاهر، فأمـا فى الباطن فيبنى على صـدقه فى ذلك لأنه حق فيمـا بينه وبين الله تعالى فيقبل قـوله فيه، ولا يُصَدَّق فى نفى نفقـتها وسكناها ونفى النسب لأنه حق لها ولولدها فلا فيقبل قوله فيه، وبه قال الشافعى وغيره، وقال زفر: لا يصدق فى شيء لأنه قول واحد لا يصدق فى بعض حكمه فلا يصدق فى البعض الآخر قياسًا لأحدهما على الآخر، وذلك لأنه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقًا وكذبًا.

ولنا: أنه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقًا له لا ضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق فى أحدهما دون الآخـر كما لو اشترى عبدًا ثم أقـر أن البائع كان أعتقه صُـدِّق فى حريته ولم يُصدَّق فى الرجوع بثمنه وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق فى بينونتها وتحريمها عليه ولم يصدق فى سقوط مهرها.

١١٤٠- مسألة: قال: **(ومن خطب امرأة فزُوِّج بغيرها لم ينعقد النكاح).**

معنـى ذلك: أن يخطب الرجل امرأة بعـينها فـيجـاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح فى غيرها وهو يعتـقد أنها التى خطبها فيـقبل فلا ينعقد النكاح، لأن القبـول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجـب العقد فى غيره بغير علم المشترى، فلو علم الحال بعد ذلك فرضى لم يصح، قال أحمد فى رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد: يفـرق بينهما ويكون الصـداق على وليها لأنه غـره ويجهز إليه أخـتها التى خطبـها بالصـداق الأول، فإن كـانت تلك قد ولـدت منه يلحق به الولد، وقوله: يجـهز إليه أختـها: يعنى - والله أعلم - بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها، لأن العقد الذى عقده لم

فـصل: ولا يعتبر فى الـوكالة إذن المرأة فى التوكيل سواء كان الـموكل أبًا أو غيره، ولا يفـتقر إلى حـضور شـاهدين، وقال بعض الشافعـية: لا يجوز لغير المجـبر التوكيل إلا بإذن المرأة، وخـرجه القاضى على الروايتين فى تـوكيل الوكيل من غيـر إذن الموكل، وحكى عن الحسن بن صالح أنه لا يصح إلا بحـضرة شاهدين، لأنه يراد بحل الوطء فافتقـر إلى الشهادة كالنكاح.

ولنا: أنه إذن من الولى فى التـزويج فلم يفتقر إلى إذن الـمرأة ولا إشهاد كـإذن الحاكم، وقد بينا أن الولى ليس بوكيل المرأة ولو كان وكيلـها لتمكنت من عزله وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر إلى إشهاد بخـلاف النكاح، ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتوكيل فى شراء الإماء للتسرى.

فـصل: ويثبت للوكيل مـا يثبت للموكل، فإن كان للمولى الإجبار ثبت ذلك لوكيله إن كانت ولايته ولاية مراجعـة احتاج الوكيل إلى مراجعة المرأة لأنه نائب فيـثبت له مثل ما ثبتت

يصح فى واحدة منهما لأن الإيجاب صدر فى إحداهما والقبول فى أخرى فلم ينعقد فى هذه ولا فى تلك فإن اتفقوا على تجديد عقد فى إحداهما أيتهما كان جاز.

وقال أحمد فى رجل تزوج امرأة فأُدْخِلت عليه أختها: لها المهر بما أصاب منها ولأختها المهر، قيل يلزمه مهران؟ قال: نعم ويرجع على وليها هذه مثل التى بها برص أو جذام، علىٌّ يقول: ليس عليه غرم وهذا ينبغى أن يكون فى امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغى أن يجب لها صداق لأنها زانية تطاوعه، فأما إن جعلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره، وروى عن على رضي الله عنه فى رجلين تزوجا امرأتين فزُفَّت كل امرأة إلى زوج الأخرى: لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضى عدتها(١٧٩)، وبه قال النخعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى.

فصل: منَ شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشترى والمبيع ثم ينظر فإن كانت المرأة حاضرة فقال: زوجتك هذه، صح، فإن الإشارة تكفى فى التعيين، فإن زاد على ذلك فقال: ابنتى هذه أو هذه فلانة، كان تأكيدًا، وإن كانت غائبة فقال: زوجتك ابنتى وليس له سواها جاز، فإن سماها باسمها مع ذلك كان تأكيدًا، فإن كان له ابنتان أو أكثر فقال: زوجتك ابنتى، لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول: زوجتك ابنتى الكبرى أو الوسطى أو الصغرى، فإن سماها مع ذلك كان تأكيدًا، وإن قال: زوجتك ابنتى عائشة أو فاطمة صح، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال: زوجتك فاطمة، لم يصح، لأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك: إبنتى.

للمنوب عنه، وكذلك الحكم فى السلطان والحاكم يأذن لغيره فى التزويج فيكون المأذون له قائمًا مقامه.

فصل: واختلفت الرواية عن أحمد هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروى أنها تستفاد بها، اختارها الخرقى، وهذا قول الحسن وحماد بن أبى سليمان ومالك، وروى عنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثورى والشعبى والنخعى والحارث العكلى وأبو حنيفة والشافعى وابن المنذر، ولأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعًا فلم يجز أن يوصى بها كالحضانة، ولأنه لا ضرر على الوصى فى تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلا تثبت له الولاية كالأجنبى، ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم، وقال أبو عبد الله بن حامد: إن كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها، لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك.

ولنا: أنها ولاية للأب فجازت وصيته بها كولاية المال، وما ذكروه يبطل بولاية المال،

---

(١٧٩) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤١) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٦/ ٢٠٨، ٢٠٩).

وقال بعض الشافعية: يصح إذا نوياها جميعًا، وليس بصحيح، لأن النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أداؤها إذا ثبت به العقد، وهذا متعذر فى النية فلذلك لو قال: زوجتك ابنتى وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه، وإن قال: زوجتك فاطمة ابنة فلان، احتاج أن يرفع فى نسبها حتى يبلغ ما تتميز به عن النساء.

فصل: فإن كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتى عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح، ذكره أبو حفص، وقال القاضى: يصح فى التى نوياها، وهذا غير صحيح لوجهين:

أحدهما: أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه، فأشبه ما لو قال زوجتك عائشة فقط، أو ما لو قال زوجتك ابنتى ولم يسمها، وإذا لم يصح فيما إذا لم يسمها ففيما إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح.

والثانى: أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به، ولم يوجد ذلك فإن اسم أختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولى يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كمسألة الخرقى فيما إذا خطب امرأة وزوج غيرها، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه، ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول إلى الصغرى من خطبة ونحوها فإن العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو نوياها، ولو نوى الولى الصغرى والزوج الكبرى، أو نوى الولى الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هى فعلى الأول لا يصح التزويج لعدم النية منهما فى التى يتناولها لفظهما، وعلى الاحتمال الذى ذكرناه يصح فى المعينة باللفظ لما ذكرناه.

فصل: فإن كان له ابنة واحدة فقال لرجل: زوجتك ابنتى، وسماها بغير اسمها، فقال القاضى: يصح، وهو قول أصحاب الشافعى، لأن قوله ابنتى آكد من التسمية، لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك، ولو قال زوجتك هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل.

فصل: ولو قال: زوجتك حمل هذه المرأة، لم يصح، لأنه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور فى غير الإرث والوصية، ولأنه لم يتحقق أن فى البطن بنتًا فأشبه ما لو قال: زوجتك

ولأنه يجوز أن يستنيب فيها فى حياته فيكون نائبه قائمًا مقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى ولاية سواء كان مجبرًا كالأب أو غير مجبر كالأخ ووصى كل ولى يقوم مقامه، فإن كان الولى له الإجبار فكذلك لوصيه، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك، لأنه قائم مقامه فهو كالوكيل، وقال مالك: إن عين الأب الزوج ملك إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة، وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية فاعتبر إذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها، فإذا أذنت جاز أن يزوجها بإذنها.

من فى هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها، ولو قال: إذا ولدت امرأتى بنتًا زوجتكها، لم يصح، لأنه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط، ولأن هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد.

١١٤١- **مسألة:** قال: **(وإذا تزوجها وشرط لها أن لا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال «أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»(١٨٠) وإن تزوجها وشرط لها أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إذا تزوج عليها).**

وجملة ذلك: أن الشروط فى النكاح تنقسم أقسامًا ثلاثة، **أحدها:** ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها ولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها، فهذا يلزمه الوفاء لها به، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح، يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبى وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعى وإسحاق، وأبطل هذه الشروط الزهرى وقتادة وهشام بن عروة ومالك والليث والشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى، قال أبو حنيفة والشافعى: ويفسد المهر دون العقد، ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبى ﷺ: «كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»(١٨١) وهذا ليس فى كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه، وقال النبى ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً»(١٨٢) وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسرى والسفر، ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان فاسدًا، كما لو شرطت أن لا تُسَلِّم نفسها.

ولنا: أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وصى الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها، لأن الوصى قائم مقام الموصى فلم يثبت فى تزويجه خيار كالوكيل.

فصل: ومن لم نثبت له الولاية لا يصح توكيله، لأن وكيله قائم مقامه، فإن وكله الولى فى تزويج موليته لم يصح لأنها ولاية ليس هو من أهلها ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلأن لا يملك مناسبة غيره بالتوكيل أولى، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبى المميز فى العقد لأنهم من أهل اللفظ به وعباراتهم فيه صحيحة، ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه فى

---

(١٨٠) أخرجه مسلم فى «النكاح» (٢/ ٦٣/ ١٠٣٥، ١٠٣٦) والترمذى (٣/ ١١٢٧) وأبو داود (٢/ ٢١٣٩).

(١٨١) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٧٦٦) من كتاب «البيوع» برقم (١٠٢).

(١٨٢) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٥٩٤) والترمذى فى «الجامع الصحيح» (٣/ ح١٣٥٢) والحاكم فى المستدرك» (٢/ ٤٩) والبيهقى فى السنن (٦/ ٧٩) وإسناده صحيح.

ولنا: قول النبى ﷺ: «إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»(١٨٣) رواه سـعيـد، وفى لفظ: «إن أحق الشـروط أن توفوا بهـا مـا استـحللتم به الفـروج» متـفق

اللفظ، وإن وكله الزوج فى قبـول النكاح صح، وكذلك إن وكله الأب فى قـبول النكاح لابنه الصغـير، لأنه يصح قبـولهم لأنفسـهم فجاز أن ينوبوا فـيه عن غيـرهم كالبـيع، وقال بعض أصحابنا: لا يصح، لأنه أحد طرفى العقد أشبه الإيجاب، والأول أولى.

36- مـسـألة: (وإذا استوى الأولياء فى الدرجة كالإخـوة والأعمام وبنيهم صح التزويج من كل واحد منهم، لأن سبب الولاية موجود فى واحد منهم).

37- مـسألة: (والأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم).

لأن النبى ﷺ لما تقدم محـيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فـتكلم عبد الرحمن ابن سهل وكان أصغرهم، فقال النبى ﷺ: «كبر كبر»(39) أى قدم الأكبر، فتكلم حويصة، ولأنه أحوط للعقد فى اجتماع شروطه والنظر فى الحظ فإن تشاحوا أقرع بينهم، لأنهم تساووا فى الحق وتعذر الجمع فـيقرع بينهم كالمرأس، وقد كان النـبى ﷺ إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه لتساوى حقوقهن كذا هذا.

38- مـسـألة: (فإن سبق غير من وقعت له القرعـة فزوج صح تزويجه فى أقوى الوجهين إذا زوج كفؤًا بإذن المرأة).

لأنه تزويج صدر من ولى كامل الولاية بإذن موليته فصح كما لو انفرد وإنما القرعة لإزالة المشـاحنة، وفيـه وجه آخـر أنه لا يصح، ذكره أبو الخطاب فلم يـصح تزويجه كالأبـعد مع الأقرب.

39- مـسألة: (وإذا زوج الوليان اثنين ولـم يعلم السابق منهما فسخ النكاحان).

وجـملة ذلك أن المرأة إذا كان لها وليان فأذنت لكل واحد منهما فى تزويجها جاز سواء أذنت فى رجل معـين أو مطلقًا، فإذا زوجـها الوليان لرجلين وعـلم السابق منهمـا فالنكاح له سواء دخل بها الثانى أو لم يدخل، وهذا قول الحـسن والزهرى وقتادة وابن سيرين والأوزاعى والثورى والشافعى وأبى عبيد وأصـحاب الرأى، وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثانى، فإن دخل بها الثـانى صار أولى، لقول عمر ﷺ: إذا أنكح الوليـان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثانى فإن دخل بها الثانى صار أولى، ولأن الثانى اتصل بعقده القبض فكان أحق.

ولنا: ما روى سمرة وعقبة عن النبى ﷺ أنه قال: «أيما امرأة زوجها وليان فهى للأول» أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذى وأخـرجه النسائى عنه وعن عقبة، وروى نحو ذلك عن

---

(١٨٣) تقدم برقم (١٨٠)

(39) أخرجه البخارى فى الجزية (٦/ ٣١٧٣/ فتح) وفى الأدب (١٠/ ٦١٤٣/ فتح) وفى الأحكام (١٣/ ٧١٩٢/ فتح) ومسلم (٣/ قسامة/ ١، ٢/ ١٢٩١، ١٢٩٢).

عليه[١٨٤] وأيضًا قول النبى ﷺ : «المسلمون على شروطهم»[١٨٥] ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفًا فى عصرهم فكان إجماعًا، وروى الأثرم بإسناده: أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال: لها شرطها، فقال الرجل إذًا تُطلِّقينا، فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط[١٨٦]، ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازمًا كما لو شرطت عليه زيادة فى المهر أو غير نقد البلد، وقوله ﷺ : «كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» أى ليس فى حكم الله وشرعه، وهذا مشروع، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته على أن الخلاف فى مشروعيته وعلى من نفى ذلك الدليل، وقولهم: إن هذا يحرم الحلال، قلنا: لا يحرم حلالاً وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به، وقولهم: ليس من مصلحته، قلنا: لا نسلم ذلك فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين فى البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل وشرط غير نقد البلد.

على وشريح، ولأن الثانى تزوج امرأة فى عصمة زوج فكان باطلاً كما لو علم الحال، ولأنه نكاح باطل لو عرى عن الدخول فكان باطلاً، وإن دخل كنكاح المعتدة، وأما حديث عمر فلم يصححه أصحاب الحديث، وقد خالفه قول على وجاء على خلاف قول النبى ﷺ ، وما ذكروه من القبض لا معنى له فإن النكاح يصح بغير قبض مع أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل كسائر الأنكحة الفاسدة.

فصل: فإن دخل بها الثانى وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما، وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد وطئها من الثانى فأما إن علم الحال قبل وطء الثانى لها فإنها تدفع إلى الأول ولا شىء على الثانى، لأن عقده عقد باطل لا يوجب شيئًا، فإن وطئها الثانى وهو لا يعلم فهو وطء بشبهة يجب لها به المهر وترد إلى الأول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضى عدتها وهو قول قتادة والشافعى وابن المنذر، قال أحمد: لها صداق بالمسيس وصداق من هذا، ولا ترد الصداق الذى يوجد من الداخل بها على من دفعت إليه، لأن الصداق فى مقابلة الاستمتاع فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة

---

(١٨٤) أخرجه البخارى فى كتاب «الشروط» (٥/ ح٢٧٢١/ فتح) ومسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ٦٣/ ١٠٣٥، ١٠٣٦) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٣٩) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٢٧) والنسائى (٦/ ٩٢، ٩٣) والدارمى فى «مسنده» (٢/ ح٢٢٠٣) من كتاب النكاح، وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٤٤، ١٥٠، ١٥٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٤٨).

(١٨٥) تقدم برقم (١٨٢).

(١٨٦) أخرجه ابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٤/ ١٩٩) من كتاب «النكاح» باب «الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها» وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٨٥).

إذا ثبت أنه شرط لازم فلم يَفِ لها به فلها الفسخ، ولهذا قال الذى قضى عليه عمر بلزوم الشرط: «إذًا تطلقـينا» فلم يلتفت عمر إلى ذلك، وقـال «مقاطع الحقـوق عند الشروط» ولأنه شرط لازم فى عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين فى البيع.

فصل: فإن شرطت عليه أن يُطلق ضَرَّتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال: «نهى النبى ﷺ أن تشترط المـرأة طلاق أختها»[(١٨٧)] وفى لفظ أن النبى ﷺ قـال: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ ما فى صحفتـها ولتنكح فإن لها ما قدر لها» رواهما البخارى[(١٨٨)] والنهى يقتضى فسـاد المنهى عنه ولأنها شرطت عليه فسخ عقـده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح كما لو شـرطت عليه فسخ بيعه، وقال أبو الخطاب: هو شـرط لازم لأنه لا ينافى العقد ولها فيه فائدة، فـأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لغـيره، وقد ذكرنا ما يدل على فساده، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته.

ولا يحـتاج النكاح الثـانى إلى فسخ، لأنه باطل ولا يجب لـها المـهر إلا بالوطء دون مـجرد الدخـول والوطء دون الفرج، لأنه نكـاح باطل لا حكم له، ويجب مـهر المـثل، لأنه يجب بالإصابة لا بالتسـمية، وذكر أبو بكر أن الواجب المـسمى، قال القاضى: هو قـياس المذهب والأول هو الصحيح لما قلنا.

40- مسألة: (فإن جُهل الأول منهما فُسخ النكاحان).

ولا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهـما أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه أو يعلمه بعينه ثم يشكل، والحكم فى جميعها واحد وهو أن يفـسخ الحاكم النكاحين جميعًا نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ثم يتزوج من شاء منهـما أو من غيرهما، وعن أحمد رواية أخرى أنه يقرع بينهـما، فمن وقعت له القـرعة أمر صاحـبه بالطلاق، ثم يجدد القـارع نكاحه، لأنه إن كانت زوجتـه لم يضره تجديد النكاح، وإن كانت زوجة الآخـر بانت بالطلاق وصارت زوجة هذا بعقده الثانى، لأن القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساوى كالسفر بإحدى نسائه والبداية بالمبيت عند إحداهن وتعـتبر الأنصباء فى القسمة، وقال الثـورى وأبو ثور: يخيرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة فإن أبيا فرق بينهما وهو قريب من القول الأول، لأنه تعذر إمضـاء العقـد الصحـيح فوجب إزالة الضرر بـالتفريق، وقـال الشافـعى وابن المنذر: النكاح مفسوخ لأنه تعذر إمضاؤه، ولا يصح هذا فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله، كما لو

---

(١٨٧) أخرجـه البخارى فى «كـتاب الشروط» (٥/ ح٢٧٢٧/ فـتح) والنسائى (٧/ ح٤٥٠٣) وأحـمد فى «مسنده» (٢/ ٥١٢).

(١٨٨) أخـرجه الـبخـارى فى «كـتـاب القدر» (١١/ ح٦٦٠١/ فـتح) ومـسلم فى كـتـاب «النكاح» (٢/ ٣٨/ ١٠٢٩) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٧٦) والنسائى (٦/ ح٣٢٣٩) (٧/ ٤٥١٤) وأحـمد فى «مسنده» (٢/ ٥٠٨، ٥١٦).

القسم الثانى: ما يبطل الشرط ويصح العقد، مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر أو لا يكون عندها فى الجمعة إلا ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئًا، فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها لأنها تنافى مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأما العقد فى نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد فى العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط فى العقد صداقًا محرمًا، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق فقد نص أحمد فى رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها فى كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت: لا أرضى إلا ليلة وليلة، فقال: لها أن تنزل بطيب نفس منها فإن ذلك جائز، وإن قالت: لا أرضى إلا بالمقاسمة، كان ذلك حقًا لها تطالبه إن شاءت.

اختلف المتبايعان فى قدر الثمن، فإن العقد لا يزول إلا بفسخه كذا هـهنا، وروى عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبى سليمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها، وهذا فاسد فإن أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد إلا أحدهما أو كما لو أشكل على الرجل امرأته فى النساء أو على المرأة زوجها إلا أن يريدوا بقولهم إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فإنه يستغنى بالتفريق بينهما وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعًا، ويفسخ أحد الناكحين عن فسخهما، فإن أبت أن تختار لم تجبر، وكذلك ينبغى إذ أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه لأنه لا يعلم فيتعين إذا فسخ النكاحين، ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما فى الحال إن كان قبل الدخول وبعد انقضاء العدة إن كان دخل بها أحدهما.

فصل: فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قولهما، فإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد، وقال أصحاب الشافعى: يقبل كما لو أقرت ابتداء.

ولنا: أن الخصم الزوج الآخر فى ذلك فلم يقبل فى إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق، فإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك، وقال أصحاب الشافعى: تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول، فإن فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغى أن يقبل إقرارهما لأنهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع، فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر.

فصل: وإن علم أن العقدين وقعا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة إلى فسخهما، لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث منهما، ولا

ونقل عنه الأثرم فى الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها فى الأيام، يجوز الشرط فإن شاءت رجعت، وقال فى الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه فى كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم: النكاح جائز ولها أن ترجع فى هذا الشرط، وقد نقل عن أحمد كلام فى بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد، نقل عنه المروذى فى النهاريات والليليات: ليس هذا من نكاح أهل الإسلام، وممن كره تزويج النهاريات حماد بن أبى سليمان وابن شبرمة.

وقال الثورى: الشرط باطل، وقال أصحاب الرأى: إذا سألته أن يعدل لها عدل، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأسًا، وكان الحسن لا يرى بأسًا أن يتزوجها على أن يجعل لها فى الشهر أيامًا معلومة، ولعل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط، وإجازة من أجازه راجع إلى أصل النكاح، فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا، والله أعلم.

وقال القاضى: إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهى عنه فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد، لأنه شرط ينافى المقصود من النكاح، وهذا مذهب الشافعى، وكذلك إن شرط عليه أن لا تسلم إليه فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئًا على أن لا يقبضه، وإن شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد، لأن الوطء حقه عليها وهى لا تملكه عليه ويحتمل أن يفسد، لأن لها فيه حقًا ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى، والفسخ إذا تعذر بالجب والعنة.

يرثها واحد منهما لذلك، وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما، فروى عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه، لأن عقد أحدهما صحيح، وقد انفسخ بنكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالفها، وقال أبو بكر: لا مهر لها لأنهما مجبران على الصداق فلم يلزمهما مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسرته أو غيبته، وإن ماتت قبل الفسخ أو الطلاق فلأحدهما نصف ميراثها فيوقف الأمر حتى يصطلحا عليه، وقيل: يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهى تدعى ميراث من أقرت له، فإن كان أحدهما قد ادعى ذلك أيضًا دفع إليها ربع ميراثه وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم فإن نكلوا قضى عليهم، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت فلها ربع ميراثه، وقد روى حنبل عن أحمد أنه سئل عن رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهم فأيتهن أصابتها القرعة فهى زوجته، وإن مات الزوج فهى التى ترثه.

فصل: فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما، وقلنا

القسم الثالث: ما يبطل النكاح من أصله، مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة أو أن يطلقها في وقت بعينه أو يعلقه على شرط مثل أن يقول: زوجتك إن رضيت أمها أو فلان، أو يشترط الخيار فى النكاح لهما أو لأحدهما، فهذه شروط باطلة فى نفسها ويبطل بها النكاح، وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار ونذكر ذلك فى مواضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط الخيار إن رضيت أمها أو إن جاءها بالمهر فى وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما روايتين: **إحداهما:** النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار، وحكاه عن أبى حنيفة، وزعم أنه لا خلاف فيها، وقال ابن المنذر، قال أحمد وإسحاق: إذا تزوجها على أنه إن جاء بالمهر فى وقت كذا وكذا وإلا فلا نكاح بينهما، الشرط باطل والعقد جائز، وهو قول عطاء والثورى وأبى حنيفة والأوزاعى، وروى ذلك عن الزهرى، وروى ابن منصور عن أحمد فى هذا أن العقد والشرط جائزان، لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم».

والرواية الأخرى: يبطل العقد من أصله فى هذا كله، لأن النكاح لا يكون إلا لازمًا،

بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لإقراره لها به وإقرارها ببراءة صاحبه وإن مات ورثت المقر له دون صاحبه لذلك، وإن ماتت هى قبلها احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه واحتمل أن لا يقبل إقرارها له كما لم يقبله فى نفسها، وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت فى حياته وليس لورثة واحد منهما الإنكار لاستحقاقها، لأن موروثه قد أقر لها بدعوى صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وإن لم تقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه، وإن كان أحدهما قد أصابها وكان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لأنه مقر لها به وهى لا تدعى سواه، وإن كانت مقرة للآخر فهى تدعى مهر المثل وهو يقر له بالمسمى، فإن استويا أو اصطلحا فلا كلام، وإن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط، وإن كان المسمى لها أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهى تنكرها فلا تستحقها.

41- مسألة: (وإذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفى العقد لأنه ملك بحكم الملك لا بحكم الإذن فى قولهم جميعًا).

فإن كان مالكًا لأحد طرفى العقد فوكله ملك الطرف الآخر فيه أو وكله المولى فى الإيجاب والزوج فى القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين اللتين نذكرهما فى المسألة التى تليها، لأنه ملك ذلك بالإذن، وإن زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير لم يجز ذلك إلا برضاها، لأنه لا يكافئها، ويخرج فيه أيضًا وجهان، وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها وعنه يجوز.

وهذا يوجب جوازه، ولأنه إذا قال: إن رضـيت أمها، أو إن جئتنى فى وقت كـذا، فقد وقف النكاح على الشرط، ولا يجوز وقـفه على شرط، وهذا قول الشافـعى ونحوه عن مالك وأبى عبيد.

فـصل: وإن شرط الخيار فى الصداق خاصة لم يفسد النكاح ، لأن النكاح ينفرد عن ذكر الصداق، ولو كان الصداق حرامًـا أو فاسدًا لم يفسد النكاح، فلأن لا يفسد بشـرط الخيار فيه أولى، ويخالف البيع فإنه إذا فـسد أحد العوضين فيه فسد الآخـر، فإذا ثبت هذا ففى الصداق ثلاثة أوجه:

أحدها: يصح الصداق ويبطل شرط الخيار، كما يفسد الشرط فى النكاح ويصح النكاح، **والثانى:** يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد منفرد يجرى مجرى الأثمان، فثبت فيه الخيار كالـبياعات، **والثـالث:** يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمهـا، كما لو لم يوافقه على شىء.

42- مـــســألة: (وكذلـك ولى المرأة مـثل ابن العم والمولى والحـاكم إذا أذنت له فى تزوجها، وعنه لا يجوز حتى توكل فى أحد الطرفين) .

وجملة ذلك أن ولى المرأة التى يحل له نكاحها إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يلى طرفى العقد بنفســه؟ فيه روايتان: **إحـداهمـا:** له ذلك وهو قول الحـسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثورى وأبى حنيفة وإسحاق وأبى ثور وابن المنذر لما روى البخارى قال: قال عبـد الرحمن بن عوف لأم حكيم امـرأة قارض: أتجعـلين أمرك إلى؟ قالت: نعم، قـال: قد تزوجتك، لأنه يملك الإيجـاب والقبول فجاز أن يـتولاهما كما لو زوج أمـته عبده الصـغير، ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولى ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين، وقد روى أن النبى ﷺ أعتق صفية وجـعل عتقها صداقها، **فإن قـيل:** فقد روى أن النبى ﷺ قال: «كل نكاح لا يحضره أربعـة فهو سفاح: زوج وولى وشاهدان» **قـلـنـا:** هذا لا تعرف صحتـه ولو صح كان مخصوصًا بمـا إذا زوج السيد عبده الصغـير أمته فيتعدى التخصيص إلى محل النزاع وهو يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول، وهل يكتفى بمجرد الإيجاب؟ فيه وجهان: **أحدهـما:** يحتاج أن يقول: زوجت نفسى فلانة، وقبلت هذا النكاح، لأن ما افتقر إلى الإيجاب افتقر إلى القبول كسائر العقود، **والثـانى:** يكفيه أن يقول: زوجت نفسى فلانة، أو تزوجت فلانة، وهو قول مالك وأبى حنيـفة لحديث عبد الرحمن بن عوف، ولأن إيجابه يتضـمن القبول فأشبـه إذا تقدم الاستدعـاء، ولهذا قلنا: إذا قال لأمته: أعـتقتك وجعلت عتقك صداقك انعقد النكاح بمجرد هذا القول، **والرواية الثـانية:** لا يجوز أن يتولى طرفى العقد ولكن يوكل رجـلاً يزوجه إياها بإذنها، ذكرها الخرقى، قـال أحمد فى رواية ابن منصور: لا يزوج نفسه حـتى يولى رجلاً على حديث المغيرة بن شـعبة وهو ما روى أبو داود

١١٤٢- **مسألة:** قال: (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها).

لا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها، وقد روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب أحدكم امرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» قال: فخطبتُ امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى نكاحها فتزوجتها(*)، رواه أبو داود، وفى هذا أحاديث كثيرة سوى هذا، ولأن النكاح عقد يقتضى التمليك، فكان للعاقد النظر إلى المعقود عليه، كالنظر إلى الأمة المُستامة، ولا بأس بالنظر إليها بإذنها وغير إذنها لأن النبى ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق، وفى حديث جابر «فكنت أتخبأ لها» وفى حديث عن المغيرة بن شعبة أنه استأذن أبويها فى النظر إليها فكرهاه فأذنت له المرأة، رواه سعيد(١٨٩)، ولا يجوز له الخلوة بها، لأنها محرمة، ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم، ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور، فإن النبى ﷺ قال: «لا يخلون رجل بامرأة، فإن ثالثهما الشيطان»(١٩٠) ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة، قال أحمد فى رواية صالح: ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك.

بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبة أمر رجلاً يزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه، ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع، ولهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية لو وكل من يقبل النكاح له وتولى هو الإيجاب جاز وقال الشافعى فى ابن العم والمولى: لا يزوجها إلا الحاكم، ولا يجوز أن يتولى طرفى العقد ولا أن يوكل من يزوجه، لأن وكيله بمنزلته، وهذا عقد ملكه بالإذن فلا يتولى طرفيه كالبيع، ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من أوليائها لأنه لا ولاية لهم مع وجوده.

ولنا: ما ذكرنا من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلى العقد عليها لغيره فصح أن يليه عليها له إذا كانت تحل له كالإمام إذا أراد أن يتزوج موليته، ولأن هذه امرأة لها ولى حاضر غير عاضل فلم يليه الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره، ومفهوم قوله ﷺ: «السلطان ولى من لا ولى له» أنه لا ولاية له على هذه والبيع ممنوع فإن الوكيل يجوز أن يشترى ما وكل فى بيعه بإذن الموكل.

(*) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٠٨٢) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٣٤، ٣٦٠) والحديث إسناده حسن.

(١٨٩) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٨٥) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٤٥) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ص١٤٥/ ٥١٦) وابن ماجه من طريق ثابت البنانى (١/ ١٨٦٦) والحديث حسن.

(١٩٠) أخرجه الترمذى فى كتاب الرضاع (٣/ ٤٧٤) وأيضًا فى كتاب «الفتن» (٤/ ح٢١٦٥) من حديث عمر وفيه «ألا لا يخلون رجلٌ بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما» وأحمد فى «مسنده» (١/ ١٨، ٢٩) بلفظ الترمذى، وإسناده صحيح، والنسائى فى «السنن الكبرى» من كتاب «عشرة النساء (٥/ ٣٨٨).

فـصل: ولا خلاف بين أهل العلم فى إباحة النظر إلـى وجهها، وذلك لأنه ليس بعورة، وهو مجمع المـحاسن، وموضع النظر، ولا يباح له النظر إلى مـا لا يظهر عادة، وحكى عن الأوزاعى أنه ينظر إلى مواضع اللحم، وعن داود أنه يـنظر إلى جميعهـا، لظاهر قوله ﷺ: «انظر إليها».

ولنا: قول الله تـعالى: ﴿وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ (الـنور: ٣١) وروى عن ابـن عباس أنه قال: الوجه وبطن الكف، ولأن النظر محرم أبيح للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة إليه وهو مـا ذكرنا، والحديث مطلق، ومن يـنظر إلى وجه إنسان سـمى ناظرًا إليه، ومن رآه وعليه أثوابه سمى رائيًا له، كما قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾ (المنافقون: ٤) ﴿وَإِذَا رَآكَ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ (الأنبياء: ٣٦) فأما ما يظهر غالبًا سوى الوجه كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة فى منزلها، ففيه روايتان:

إحداهما: لا يباح النظر إليه لأنه عورة، فلم يبح النظر إليه كالذى لا يظهر، فإن عبد الله روى أن النبى ﷺ قال: «المرأة عورة»(١٩١) حديث حسن، ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه فبقى ما عداه على التحريم.

فـــصل: فأمـا إن أذنت له فى تزويجها ولم تعـين الزوج لم يجز أن يزوجها نفـسه، لأن إطلاق الإذن يقتضى تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه وإن زوجـها لابنه الصغير ففـيه الروايتان فى تولى طرفى العقد فـإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلاً يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقـر إلى إذنها للوكيل على ما قدمنا فى أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنـها، وإن وكل رجلاً يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحـتج إلى إذنها لأنها قد أذنت له.

43- مـسـألة: (وإن قال السيد لأمـته: أعتقتك وجعلت عتقك صـداقك صح فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها وكذلك إن قال: جعلت عتق أمتى صداقها).

ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقهـا صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمـد فى رواية جماعـة، روى ذلك عن على رضي الله عنه وفعله أنس بن مـالك وبه قال سعـيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهرى وإسحاق.

فصل: وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها بإذنها فإن أبت فعليها قيمتها، قال الأوزاعى: يلزمها أن تتزوجه، وروى المروذى عن أحمد إذا أعتق أمتـه وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً يزوجه، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصـحة النكاح، قال أبو الخطاب: هى الصحيحـة واختارها القاضى وابن عقيل، وهو قول أبى حنيفة والشـافعى ومالك، لأنه لم يوجد إيجاب وقبول فلم

---

(١٩١) أخرجه الترمذى فى «مسنده» (٣/ ح١١٧٣) وفيه زياده «فإذا خـرجت استشرفها الشيطان» وابن حبان فى «صحيحه» (٣/ ح١٦٨٥، ١٦٨٦) وإسناده صحيح.

والثانية: له النظر إلى ذلك، قال أحمد في رواية حنبل: لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك، قال أبو بكر: لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة، وقال الشافعي: «ينظر إلى الوجه والكفين» ووجه جواز النظر إلى ما يظهر غالبًا أن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علمها، علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة، إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور، ولأنه يظهر غالبًا، فأبيح النظر إليه كالوجه، ولأنها امرأة أبيح له النظر إليها بأمر الشارع، فأبيح النظر منها إلى ذلك، كذوات المحارم، وقد روى سعيد عن سفيان، عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر، قال: خطب عمر بن الخطاب ابنة عليٍّ، فذكر منها صغَرًا، فقالوا له: إنما ردك، فعاوده فقال: نرسل بها إليك تنظر أليها، فرضيها، فكشف عن ساقيها، فقالت: أَرْسِلْ، لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك(١٩٢).

يصح لعدم أركانه، كما لو قال: أعتقتك، وسكت، ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما، ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحكم الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفس المسمى، فإنه لو قال: بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح.

ولنا: ما روى أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه(40)، وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت: يا أبا حمزة وما أصدقها؟ قال: نفسها عتقها(41)، وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت: أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي(42) وبإسناده عن علي ﷺ أنه كان يقول: إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك، ومتى ثبت العتق صداقًا ثبت النكاح، لأن الصداق لا يتقدم النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ، ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقدًا ولو استأنفه لظهر، ونقل كما نقل غيره، ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام، وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول، عديم الأثر فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إذا لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل

---

(١٩٢) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١/ ص١٤٧/ ح٩٦) كما أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٦/ ١٠٣٥٤) بنفس الإسناد، رجاله ثقات لكنه مرسل براوية أبي جعفر وهو محمد بن علي بن الحسين بن علي عن علي بن أبي طالب مرسلة، هكذا قاله الحافظ في التهذيب.

(40) أخرجه البخاري في كتاب المغازي (٧/ ح٤٩٠١، ٤٢١٣/ فتح) والنكاح برقم (٩/ ح٥٠٨٥، ٥١٥٩/ فتح) ومسلم في كتاب «النكاح» (٢/ ١٠٤٤/ ٨٤ - ٨٦) (١٠٤٥/ ٨٧).

(41) أخرجه البخاري (٧/ ٤٢٠١) ومسلم (٢/ نكاح/ ١٠٤٤/ ٨٤/ ٨٦).

(42) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٤/ ١٥٦).

فــصل: ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالبًا كـالرقبة والرأس والكفين والقدمـين ونحو ذلك وليس له النظر إلى ما يستتـر غالبًا كالصدر والظهـر ونحوهما، قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه أو امرأة ابنه، فقال: هذا فى القـرآن ﴿وَلا يُبْـدِينَ زِينَتَـهُنَّ﴾ (النور: ٣١) إلا لكذا وكذا، قلت: ينظر إلى سـاق امرأة أبيه وصدرها، قال: لا يعـجبنى، ثم قال: أنا أكره أن ينظر من أمه وأختـه إلى مثل هذا وإلى كل شىء لشـهوة، وذكر الـقاضى: أن حكم الرجل مع ذوات مـحارمـه حكم الرجل مع الرجل، والمرأة مع المرأة، وقال أبو بكر: كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقى، لأن ذلك يدعو إلى الشهوة، يعنى أنه يكره ولا يَحْرُمُ، ومنع الحـسن والشعبى والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم فروى عن هند ابنة المهلب(١٩٣) قالت: قلت للحسن: ينظر الرجل إلى

العتق صداقًا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها، ولو قال الخاطب للولى: أزوجت؟ قال: نعم، صح عند أصحابنا، وكما لو أتى بالكنايات عند أبى حنيفة ومن وافقه.

فـصل: ولا فرق بين أن يقول: أعتقتك وجـعلت عتقك صداقك وتزوجتك، أو لا يقول: وتزوجـــتك، وكذلك قوله: وجعـلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عـتقك كذلك ذكره الخرقى، ونص أحمد فى رواية صالح إذا قال: جعلت عـتقك صداقك أو صداقك عتقك كان ذلك جائزًا، ويشترط لصحة النكاح أن لا يكون بينهما فصل فلو قال: أعتقتك وسكت سكوتًا يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبى لم يصح النكاح، لأنها صارت بالعتق حرة فتحتاج إلى أن يتزوجها برضـاها بعقد وصداق جديد ولا بد من حضور شاهدين إذا قلنا باشـتراط الشهادة فى النكاح، نص على ذلك فى رواية الجماعة، لقوله: لا نكاح إلا بولى وشاهدين.

فـــصل: وإذا قلنا بصحة الـنكاح فطلقها قبل الدخول رجع علـيها بنصف قيمـتها، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع فى نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع فى الـرق بعد زواله فرجع بنصـف قيمـة نفسهـا، وبهذا قـال الحسن والحـاكم وقال الأوزاعى: يرجع بقيمتها.

ولنا: أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الـرجوع بالنصف كسائر الطلاق وتعتبر القـيمة حالة الإعتاق، لأنه حالة الإتلاف فـإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسـعى فيها أو يكون دينًا تنظر به إلى حالة القدرة؟ على روايـتين، وإن قلنا: إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فـعليها قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد، وكذلك إن قلنا: إن النكاح انعقد به فارتدت قبله أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها.

---

(١٩٣) هند بنت المهلب بن أبى صفرة وكانت تحت الحجاج بن يوسف الثقفى، وفيات الأعيان (٢/ ٥٣).

قرط أخته وإلى عنقها؟ قال: لا، ولا كرامة، وقال الضحاك: لو دخلت على أمى لقلت: أيتها العجوز، غطي شعرك، والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غالبًا، لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ (النور: ٣١) وقالت سهلة بنت سهيل: يا رسول الله، إنا كنا نرى سالمًا ولدًا، وكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد، ويرانى فضلا(*) وقد أنزل فيهم ما علمت فكيف ترى فيه؟ فقال لها النبى ﷺ: «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات، فكان بمنزلة ولدها رواه أبو داود(١٩٤)، وغيره وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالبًا، فإنها قالت: يرانى فضلاً ومعناه فى ثياب البذلة التى لا تستر أطرافها، وقال امرؤ القيس(١٩٥):

فجئت وقد نَضَتْ لنومٍ ثيابها ولم يبق إلا لِبْسة المتفضِّل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر، فكان يراها كذلك إذا اعتقدته ولدًا ثم دلهم النبى ﷺ على ما يستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه.

وروى الشافعى فى مسنده(١٩٦) عن زينب بنت أبى سلمة: أنها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير، قالت: فكنت أراه أبًا، وكان يدخل علىَّ وأنا أمشط رأسى فيأخذ ببعض قرون رأسى ويقول: أقبلى على، ولأن التحرز من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه، وما لا يظهر غالبًا لا يباح لأن الحاجة لا تدعو إلى نظره، ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور، فحرم النظر إليه كما تحت السرة.

فصل: وذوات محارمه كل من حُرِّم عليه نكاحها على التأبيد بنسب أو رضاع أو تحريم

44- مسألة: (وإن قال لأمته أعتقتك على أن تزوجينى نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها).

لأنه سلف فى نكاح فلم يلزمها كما لو أسلف حرة ألفًا على أن يتزوجها، ولأنه أسقط حقه من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أومأ إليه أحمد فى رواية عبد الله وهو مذهب الشافعى، لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة فى يد المشترى والنكاح الفاسد

(*) فضلاً: يعنى متفضلة فى ثوب واحد.

(١٩٤) أخرجه مسلم (٢/ رضاع/ ١٠٧٦، ١٠٧٧/ ٢٧) وأبو داود (٢/ ٦١ ٢٠٦) والنسائى (٦/ ١/ ح٣٣١٩) بلفظه ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٠٥/ ١٢) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ١٧٤، ٢٠١، ٢٢٨، ٢٤٩، ٢٦٩) بلفظ «أرضعيه حتى يدخل عليك».

(١٩٥) فى لسان العرب (١٥/ ٣٢٩) وعزاه إلى امرئ القيس.

والشطر الثانى هكذا:

* لدى السِّتْر، إلاَّ لِبْسةَ المتُفَضِّلِ *

ونضت لنوم ثيابها: قال: نضا الثوبُ الصبغ عن نفسه إذا ألقاه ونضت المرأة ثوبها.

(١٩٦) انظر المسند للشافعى (٢/ ٢٥).

المصاهرة بـسبب مباح، لما ذكـرنا من حديث سالم وزينب، وعن عائشـة: أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن عليها بعدمـا أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبى ﷺ: «ائذنى له فإنه عمك تربت يـمينك»(١٩٧) وقد ذكر الله تعالى: آبَاءَ بُعُولَتِهِنَّ وأَبْـنَاءَ بُعُولَتِهِنَّ كما ذكر آباءهن وأبناءهن فى إبداء الزينة لهم، وتوقف أحمد عـن النظر إلى شعر أم امرأته وبنتها، لأنهـما غير مذكورتين فى الآية، قال القاضى: إنما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به، وقد صرح فى رواية المروذى: أنه مَـحْرَمٌ يجوز له المسـافرة بهمـا، وقال فى رواية أبى طالب: ساعة يعـقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته، فله أن يرى شعـرها ومحاسنها ليست مثل التى يزنى بها لا يحل له أبدًا أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شىء من جسدها وهى حرام عليه.

فــصل: فأمـا أم المَزْنِىِّ بها وابنتـها فلا يحل لـه النظر إليهن، وإن حُـرِّم نكاحـهن لأن تحريمهن بسبب محرم، فلم يفد إباحة النظر كالمحرمة باللعان، وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محـارمه، وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المـسلمة، قال أحمد فى يهودى أو نصرانى أسلمت ابنتـه: لا يسافر بها ليس مَحْرمًا لهـا، والظاهر أنه أراد ليس محرمًا لها فى السفر، أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه، لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك، فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فـراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه، ولا أمرها بذلك النبى ﷺ (١٩٨).

إذا اتصل به الدخول ويحتـمل أن لا يلزمها شىء بناء على ما إذا قال لعبـده: أعتقتك على أن تعطينى ألفًـا، وهذا قول مالك وزفـر، لأن هذا ليس بلفظ شرط فـأشبه مـا لو قال: أعتـقتك وزوجينى نفسـك، وتعتبر القيـمة حال العتق ويطالبـها فى الحال إن كانت قـادرة عليها، وإن كانت معسرة فـهل تنظر إلى الميسرة أو تجبر على الكسب؟ على وجهـين أصلهما فى المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين.

فصل: وإن اتفق السيد والأمة على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهـر لها غيـر ما شـرط من العتق، وبه قال أبو يوسف، وقـال أبو حنيفة والشـافعى: لا يكون العتق صداقًا لكن إن تزوجها على القيمة التى له فى ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق.

ولنا: أن العتق صداقًـا فى حق النبى ﷺ فيجوز فى حق أمـته كالدراهم، ولأنه يصلح عوضًا فى البيع فإنه لو قال: أعتق عبدك على ألف، جاز، فلأن يكون عوضًا فى النكاح أولى

---

(١٩٧) أخرجه البخـارى فى كتاب التفسيـر باب أن قيدد شيئًا (٨/ ٤٧٩٦) وكـتاب النكاح باب ما يحل من الدخول، والنظر إلى النساء فى الرضـاع (٩/ ٥٢٣٩) وكتاب الأدب باب تربت يمينك (١٠/ ٦١٥٦) ومسلم (٢/ كتاب الرضاع) باب تحريم الرضعة من الفحل/ ١٠٦٩، ١٠٧٠/ ٥).

(١٩٨) أخرجه ابن سعد فى الطبـقات (٨/ ٩٩، ١٠٠) من طريق محمد بن عمر حدثنا مـحمد بن عبد الله عن الزهرى قال... ثم ذكره قلت: وهو حديث مرسل.

فصل: وعبد المرأة له النظر إلى وجهها وكفيها لقول الله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ (النور: ٣١) وروت أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه»(١٩٩) وقال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح، وعن أبى قلابة قال: كان أزواج النبى ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار» رواه سعيد فى سننه(٢٠٠)، وعن أنس أن النبى ﷺ أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب إذا قَنَّعت به رأسها لم يبلغ رجليها وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها، فلما رأى رسول الله ﷺ ما تلقى قال: «إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك»(٢٠١) رواه أبو داود، وكره أبو عبد الله له أن ينظر إلى شعر مولاته وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن، وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين، ولأن الله تعالى قال: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ﴾ إلى قوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ﴾ (النور: ٥٨) ولأنه يشق التحرز منه فأبيح له ذلك كذوى المحارم، وقال أصحاب الشافعى: هو مَحْرم حكمه حكم المحارم من الأقارب فى أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل، ولأنه محرم عليها فكان مَحْرمًا كالأقارب.

ولنا: ما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «سفر المرأة مع عبدها ضيعة»(٢٠٢) رواه سعيد، ولأنها لا تحرم عليه على التأبيد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن مَحْرمًا كزوج أختها، ولأنه غير مأمون عليها إذ ليست بينهما نُفْرة المَحْرَمية والملك لا يقتضى النفرة الطبيعية

فإن النكاح لا يقصد فيه العوض، وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد فى رواية عبد الله إذا ثبت هذا، فإن العتق يصير صداقًا كما لو دفع إليها مالاً ثم تزوجها عليه، فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة، لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها وحكم المدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد حكم الأمة القن فى جميع ما ذكرنا.

---

(١٩٩) تقدم برقم ٣٤ مسألة (١٠٤٠).

(٢٠٠) أخرجه البيهقى فى كتاب «المكاتب» باب المكاتب عندما بقى عليه درهم (١٠/ ٣٢٥) وإسناد رجاله ثقات ولكنه مرسل، وأخرج البيهقى من طريق سليمان بن يسار عن عائشة قال: استأذنت عليها فقالت: من هذا، قلت: سليمان، قالت: كم بقى عليك من مكاتبك قال: قلت: عشر أوراق، قالت: ادخل فإنك عبد ما بقى عليك درهم (وإسناده صحيح) (٧/ ٩٥) وقال البيهقى عقب الحديث «ورويت عن القاسم بن محمد أنه قال: إن كانت أمهات المؤمنين يكون لبعضهن المكاتب فتكشف له الحجاب ما بقى عليه درهم، فإذا قضى أرخته دونه».

(٢٠١) أخرجه أبو داود «كتاب اللباس» باب العبد ينظر إلى شعر مولاته (٤/ ٤١٠٦) وإسناده صحيح.

(٢٠٢) ذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٣/ ٢١٤) وقال: رواه البزار والطبرانى فى الأوسط وفيه يزيغ بن عبد الرحمن ضعفه أبو حاتم، وبقية رجاله ثقات.

بدليل السيد مع أمته، وإنما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجـة إليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالأجنبى لما ذكرناه، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

فصل: فأما الغلام فما دام طفلاً غير مميز لا يجب الاستتار منه فى شىء، وإن عقل ففيه روايتان: **إحداهـما**: حكمه حكم ذى المحرم فى النظر، **الثانـية**: له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركـبة لأن الله تعـالى قال: ﴿**لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ**﴾ إلى قوله: ﴿**لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ**﴾ إلى قوله: ﴿**وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ**﴾ (النور: ٥٨، ٥٩) فدل على التفـريق بين البالغ وغـيره، وقال أبـو عبد الله: أبو طيـبة حَجَمَ نسـاء النبى ﷺ وهو غـلام[٢٠٣]، ووجه الرواية الأولـى: قوله: ﴿**أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ**﴾ (النور: ٣١) وقيل لأبى عبد الله: متى تغطى المرأة رأسها من الغلام؟ قال: إذا بلغ عشر سنين.

فـصل: ومباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صـاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيـه عن جده قال: «قلت: يا رسول الله عوراتنا مـا نأتى منها وما نذر؟ فقال لى: احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك»[٢٠٤] رواه الترمـذى وقال حديث حسن، ولأن الفرج يحل له الاستـمتاع به فجاز النظر إليه ولمسه كـبقية البدن، ويكره النظر إلى الفـرج فـإن عـائشـة ﷺ قـالت: مـا رأيت فـرج رسـول الله ﷺ قط رواه ابن ماجـه[٢٠٥]، وفى لفظ قالت: مـا رأيته من رسول الله ﷺ ولا رآه منى، وقال أحـمد فى

فـصل: ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليـتزوجـها، وكره أنس تزويج من أعتقها لوجـه الله تعالى، قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الأمـة ثم يتزوجها، قال: نعم ذاك إذا أعتقها لله كره أن يرجع فى شىء.

ولنا: ما روى أبو مـوسى قال: قـال رسول الله ﷺ: «من كانت عنده جـارية فعلمـها وأحسن إليها ثم أعـتقها وتزوجها فـذلك له أجران» متفق عليه، ولأنه إذا تزوجهـا فقد أحسن إليها بإعفافهـا وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس فى هذا رجـوع فيما جعل لله فإنه إنما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئًا.

فـصل: وإذا قال: اعتق عبدك على أن أزوجك ابنتى فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته، لأنه

---

(٢٠٣) أخرجه مسلم (٤/ السلام/ ١٧٣٠/ ٧٢) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ح٤١٥٥) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٤٨٠) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٥٠).

(٢٠٤) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٦٢) (ح ١/ ص٣١٣) باب الغسل من الجنابة «فصول فى الحمَّام».

(٢٠٥) أخرجه ابن مـاجه (١/ ح٦٦٢) وأحمد فى «مـسنده» (٦/ ٦٣) وإسناده ضعيف، لأن مولـى عائشة راوى الحديث لم يسم.

رواية جعفر بن محمد فى المرأة تقعد بين يدى زوجها وفى بيتها مكشوفة فى ثياب رقاق لا بأس به، قلت: تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس فى الدار إلا هى وزوجها فرخص فى ذلك.

فصل: ويباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها لما ذكرنا فى الزوجين، وسواء فى ذلك سُرِّيَّته وغيرها، لأنه مباح له الاستمتاع من جميع بدنها فأبيح له النظر إليه، فإن زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة، لأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة» رواه أبو داود(٢٠٦) ومفهومه إباحة النظر إلى ما عداه، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فإنها قد صارت مباحة للزوج، ولا تحل امرأة لرجلين، فإن وطئها لزمه الإثم والتعزير، وإن ولدت فقال أحمد: لا يلحقه الولد لأنها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالأجنبية.

فصل: فيمن يباح له النظر من الأجانب: يباح للطبيب النظر إلى ما تدعو إليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فإنه موضع حاجة، وقد روى: أن النبى ﷺ لما حكم سعدًا فى بنى قريظة كان يكشف عن مؤتزرهم(٢٠٧)، وعن عثمان أنه أتى بغلام قد سرق فقال: انظروا

سلف فى نكاح وعليه قيمة عبد، وقال الشافعى فى أحد القولين: لا يلزمه شىء، لأنه لا فائدة له فى العتق.

ولنا: أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه، كما لو قال اعتق عبدك عنى وعلى ثمنه، وكما لو قال: طلق زوجتك على ألف فطلقها، أو ألقى متاعك فى البحر وعلىَّ ثمنه، وبهذه الأصول يبطل قولهم إنه لا فائدة له فى العتق.

فصل: قال ﷺ: **(الرابع الشهادة فلا ينعقد إلا بشاهدين عدلين بالغين عاقلين وإن كانا ضريرين).**

المشهور عن أحمد أن الشهادة شرط لصحة النكاح، روى ذلك عن عمر وعلى وهو قول

---

(٢٠٦) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٩٠).

(٢٠٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ح٤٤٠٤) من حديث عطيه القرظى قال: كنت من حى بنى قريظة فكانوا ينظرون، فمن أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لمْ يقتل، والترمذى فى «سننه» (٤/ ح١٥٨٤) فكنت ممن لم ينبت من حديث عطية القرظى، بلفظ: عرضنا على النبى ﷺ يوم قريظه فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلى سبيله فكنت ممن لم ينبت فخلى سبيلى، والنسائى فى «سننه» (٦/ ح٣٤٢٩) من طريق كثير بن السائب قال: حدثنى ابنا قريظه أنهم عرضوا على رسول الله ﷺ يوم قريظة فمن كان محتلمًا أو نبتت عانته قتل، ومن لم يكن محتلمًا أو لم تنبت عانته ترك، وأيضًا (٦/ ح٤٤٣٠) من حديث عطية القرظى قال: كنت يوم حكم سعد فى بنى قريظة غلامًا فشكوا فىَّ فلم يحدد فى النبت فأستبقيت منها أنا ذا بين أظهركم، وابن ماجه (٢/ ح٢٥٤١) من حديث عطية القريظى بنحوه..

إلى مؤتزره، فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطعه(٢٠٨)، وللشاهد النظر إلى وجه المشهود عليها لتكون الشهـادة واقعة على عينهـا، وقال أحمد: لا يشـهد على امرأة إلا أن يكون قد عـرفها بعينها، وإن عـامل امرأة فى بيع أو إجارة فله النظر إلى وجـهها ليعلمهـا بعينها فيـرجع عليها بالدَّرْك، وقد روى عن أحمد كراهة ذلك فى حق الشابة دون العجوز، ولعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس.

فـصل: فأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فإنه مُحَرَّم إلى جميعها فى ظاهر كلام أحمد، قال أحمد: لا يأكل مع مطلقته، هو أجنبى لا يحل له أن ينظر إليها، كيف يأكل معها ينظر إلى كفها؟ لا يحل له ذلك، وقال القاضى: يحـرم عليه النظر إلى ما عدا الوجه والكفين لأنه عورة، ويبـاح له النظر إليهـا مع الكراهة إذا أمن الفتنة ونظر لغـير شهـوة، وهذا مذهب

ابن عبـاس وسعيد بن المـسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعى وقتـادة والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحـاب الرأى، وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فـعله ابن عمر والحسن بن على وابن الزبير وسالم وحـمزة ابنا ابن عمر وبه قـال عبد الله بن إدريس وعبد الرحـمن بن مهدى ويزيد بن هارون والعنبرى وأبو ثور وابن المنذر وهو قـول الزهرى ومالك إذا أعلنوه، قال ابن المنذر: لا يثبت فى الشاهدين فى النكاح خبر، وقال ابن عبد البر: وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولى وشاهدين عدلين» من حديث ابن عباس وأبى هريرة وابن عمر إلا أن فى نقلة ذلك ضعيـفًا فلم أذكره، قال ابن المنذر: وقد أعتق النبى ﷺ صـفية بنت حيى وتزوجها بغيـر شهود، قال أنس بن مالك: اشترى رسول الله ﷺ جاريـة بسبعة أرؤس قال الناس ما ندرى أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد، فلما أراد أن يركـب حجبها فعلموا أنه تزوجها، متفق عليه(43) قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب، وقال يزيد بن هارون: أمر الله بالإشهاد فى البيع دون الـنكاح فاشترط أصحاب الرأى الشهـادة فى النكاح ولم يشترطوها فى البـيع، ووجـه الأولى أنه قد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا نكـاح إلا بولى مرشـد وشاهدى عـدل» رواه الخلال بإسناده، وروى الدارقطنى عن عائشـة عن النبى ﷺ أنه قال: «لا بد فى النكاح من أربعة: الولـى والزوج والشاهدين» ولأنه يتعلق به حق غـير المتعـاقدين وهو لولد فاشترطت الشهـادة فيه لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبـه بخلاف البيع، فأما نكاح النبى ﷺ بغير ولى وشهود فمن خصائصه فى النكاح فلا يلحق به غيره.

فـصل: ويشترط فى الشهود الذكورية والعدالة والعقل والبلوغ والإسلام، فأما الذكورية فقال أحـمد: إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز ذلك لما روى أبو عبيـد فى الأموال عن الزهرى قال: مضت السنـة من رسول الله ﷺ أن لا تجوز شهادة النسـاء فى الحدود ولا فى النكاح

---

(٢٠٨) أخرجه البيهقى فى «سننه» (٦/ ٥٨) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٣٣٨) (١٠/ ١٧٧، ١٧٨).

(43) أخرجه البخارى فى «المغازى» (٨/ ٤٢٠١، ٤٢١٣) ومسلم (٢/ نكاح/ ١٠٤٤).

الشافعي لقول الله تعالى: ﴿وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ (النور: ٣١) قال ابن عباس: الوجه والكفين، وروت عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ في ثياب رقاق فأعرض عنها، وقال: «يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا» وأشار إلى وجهه وكفيه(٢٠٩)، رواه أبو بكر وغيره، ولأنه ليس بعورة فلم يحرم النظر إليه بغير ريبة كوجه الرجل.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِن وَرَاءِ حِجَابٍ﴾ (الأحزاب: ٥٣) وقول النبي ﷺ: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه»(٢١٠) وعن أم سلمة قالت: كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم، فقال النبي ﷺ: «احتجبن منه»(٢١١) رواه أبو داود، وكان الفضل بن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه، فصرف رسول الله ﷺ وجهه

ولا في الطلاق ولأنه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال فلم يثبت بشهادتين كالحدود، **والثاني**: العدالة، ففي انعقاد النكاح بشهادة الفاسقين روايتان: **إحداهما**: لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر، ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين، **والثانية**: ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة، لأنه تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات، وعلى كلتا الروايتين لا تعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال، لأن النكاح يكون في القرى والبوادي وبين عامة الناس مما لا يعرف حقيقة العادلة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال، وكون الشاهد مستورًا لم يظهر فسقه، فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقًا لم يؤثر في العقد، لأن الشرط العدالة ظاهرًا وهو أن لا يكون ظاهر الفسق، وقد تحقق ذلك، وقيل تبين أن النكاح كان فاسدًا لعدم الشرط ولا يصح، لأنه لو كانت العدالة الباطنة شرطًا لوجب الكشف عنها، لأنه مع الشك فيها يكون الشرط مشكوكًا فيه فلا ينعقد النكاح، ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها، وإن حدث الفسق فيهما لم يؤثر في صحة النكاح، لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد، ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولي وشاهدي عدل قُبل منهما وثبت النكاح بشهادتهما **الثالث**: العقل، فلا ينعقد بشهادة

---

(٢٠٩) أخرجه أبو داود في «سننه» (٤/ ح٤١٠٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٢/ ٢٦٦) (٧/ ٨٦) من طريق الوليد عن سعيد بن بشير عن قتادة عن خالد ين دريك عن عائشة. . . به.

وهذا الحديث إسناده ضعيف، خالد بن دريك لم يدرك عائشة كما صرح بذلك أبو داود عقب روايته الحديث، وقال الحافظ في التقريب: (ثقة مرسل) وفيه أيضًا سعيد بن بشير أبو عبد الرحمن وقد عنعنه، كما أن فيه الوليد بن مسلم فهو كثير التدليس والتسوية وقد عنعنه. . . هذا والله أعلم.

(٢١٠) تقدم برقم (٣٤) مسألة رقم (١٠٤٠).

(٢١١) أخرجه أبو داود (٤/ ٤١١٢) من حديث أم سلمة قال الألباني: ضعيف، والترمذي (٥/ ٢٧٧٨) وأحمد في «مسنده» (٦/ ٢٩٦) وإسناده ضعيف فيه نبهان، وهذا مجهول قاله ابن حزم والبيهقي.

عنهـا[٢١٢]، وعن جرير بن عبد الله قال: سألت رسـول الله ﷺ عن نظر الفجاءة، فأمرنى أن أصرف بصرى، حـديث صحيح[٢١٣]، وعن على ﷺ قال: قـال رسول الله ﷺ: «لا تتبع النظرة النظرة فإنمـا لك الأولى وليست لك الآخرة»[٢١٤] رواهما أبو داود، وفـى إباحة النظر إلى المـرأة إذا أراد تزويجها دليل على التـحريم عند عـدم ذلك، إذ لو كان مبـاحًا على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه؟ وأما حـديث أسماء - إن صح - فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه.

فـصل: والعجوز التى لا يشتهى مثلها لا بأس بالـنظر منها إلى ما يظهر غالبًا لقول الله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللاَّتِى لا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ (النور: ٦٠) الآية، قال ابن عباس[*] فى قوله تـعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ (النـور: ٣٠) ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ﴾ (النور: ٣١) الآية قال: فنسخ واستثنى من ذلك ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللاَّتِى لا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ الآية، وفى معنى ذلك الشوهاء التى لا تُشْتهى.

فـصل: والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر غـالبًا كالوجه والرأس واليدين والساقين لأن عمر ﷺ رأى امرأة متلثمة فضربها بالدرة وقال: يا لكاع تتشبهين بالحرائر، وروى أبو حفص بإسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقنع فى خلافته وقال: إنما القناع للحرائر[٢١٥]، ولو كان نظر ذلك منها مُحَرمًا لم يمنع من ستره بل أمـر به، وقد روى أنس أن النبى ﷺ لما أخذ صفية قال الناس: لا ندرى أجعلهـا أم المؤمنين أَمْ أُمَّ ولد؟ فقالوا: إن حجبهـا فهى أم المؤمنين وإن

مجنونين ولا طفلين، لأنهما ليسا من أهل الشهادة ولا لهما قول يعتبر، **الرابـع:** البلوغ، فلا ينعقد بشهادة صبيين، لأنهما ليسا من أهل الشهادة أشبها الطفل وعنه أنه ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين بناء على أنهما من أهل الشهادة، **الخامس:** الإسلام، فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين سواء كان الزوجـان مسلمين أو الزوج مسلمًـا وحده، نص عليه أحمد، وهو قـول الشافعى، وقال أبو حنيـفة: إذا كانت المرأة ذمـية صح بشهادة ذمـيين، ويتخـرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية التى تقول بقبول شـهادة بعض أهل الذمة على بعض، والأول أصح لما روى عن النبى

---

(٢١٢) تقدم تخريجه وهو حديث طويل فى حجة الوداع فى المسألة (٥٩١) برقم ٨٢.

(٢١٣) أخرجـه مسلم كتـاب الأدب باب نظر الفجاءة (٣/ ٢١٥٩) وأبو داود (٢/ ٢١٤٨) والتـرمذى (٥/ ٢٧٧٦) والحاكم (٢/ ٣٩٦) والدارمى (٢/ ٢٦٤٣) وقال الألبانى: حديث صحيح.

(٢١٤) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٤٩) والترمذى (٥/ ٢٧٧٧) وأحمـد فى «مسنده» (٥/ ٣٥٥، ٣٥٧) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٩٠) والحـاكم (٢/ ١٩٤) وقال الألبانى: حديث حسن من حديث بريدة.

(*) انظر «الناسخ والمنسوخ» لأبى بكر بن العربى القاضى (٢/ ٣١٧).

(٢١٥) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٣/ ٥٠٦٤) من حديث أنس بلفظ عمر ضرب أَمَة لآل أنس رآها متقنعة، قال: اكشفى رأسك لا تتشبهين بالحرائر، وابن أبى شيبة (٢/ ٢٣٠).

لم يحجبها فهى أم ولد، فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس، متفق عليه[(٢١٦)]، وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضًا بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلومًا، وقال أصحاب الشافعى، يباح النظر منها إلى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوَّى بعض أصحابنا بين الحرة والأمة لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ (النور: ٣١) الآية، ولأن العلة فى تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة تستوى فيها الحرة والأمة، فإن الحرية حكم لا يؤثر فى الأمر الطبيعى، وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما، وإن لم يفترقا فيما ذكروه افترقا فى الحرمة وفى مشقة الستر لكن إن كانت الأمة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر إليها كما يحرم النظر إلى الغلام الذى تخشى الفتنة بالنظر إليه، قال أحمد فى الأمة: إذا كانت جميلة تنتقب ولا ينظر إلى المملوكة، كم من نظرة ألقت فى قلب صاحبها البلابل[(*)].

فصل: فأما الطفلة التى لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر إليها قال أحمد فى رواية الأثرم فى رجل يأخذ الصغيرة فيضعها فى حجره ويقبلها فإن كان يجد شهوة فلا وإن كان لغير شهوة فلا بأس، وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدينى أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبى عبد الله فتحركت الأجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال: قال رسول الله ﷺ: «مع كل جرس شيطان»[(٢١٧)] فأما إذا بلغت حدّاً تصلح معه للنكاح كابنة تسع فإن عورتها مخالفة لعورة البالغة بدليل قوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[(٢١٨)] فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا فى الغلام

ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل» ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين.

فصل: وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية فى ذلك وجهان.

ولنا: أنها شهادة على قول فقبلت من الضرير كالشهادة بالاستفاضة، ويعتبر أن يتيقن الصوت على وجه لا يشك فيهما كما يعلم ذلك من رآهما وينعقد بشهادة عبدين، وقال أبو حنيفة والشافعى: لا ينعقد، والخلاف فى ذلك مبنى على الخلاف فى قبول شهادتهما فى سائر

---

(٢١٦) تقدم برقم (١٦) مسألة رقم (١٠٩٩).

(*) البلابل: وسواس الصدر.

(٢١٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٢٣٠) وقال الألبانى: ضعيف من جهة سهل بن الزبير.
قال المنذرى: مولاه لهم مجهول وعامر بن عبد الله بن الزبير لم يدرك عمر.

(٢١٨) أخرجه أبو داود فى «سننه» (١/ ح٦٤١) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح٦٥٥) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ١٥٠، ٢١٨، ٢٥٩) وابن عبد الرزاق فى التمهيد (٦/ ٣٦٨) والحاكم فى «المستدرك» (١/ ٢٥١) والبيهقى فى «السنن» (٢/ ٢٣٣).

المراهق مع النساء، وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة: دخلت عليَّ ابنة أخي مزينة فدخل عليَّ النبي ﷺ فأعرض، فقلت: يا رسول الله إنها ابنة أخي وجارية فقال: «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها وإلا ما دون هذا»(٢١٩) وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها، وذكر حديث أسماء: «إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا»(٢٢٠) وأشار إلى وجهه وكفيه، واحتج أحمد بهذا الحديث، وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها.

فصل: ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عُنَّة أو مرض لا يرجى برؤه والخَصي والشيخ والمخنث الذي لا شهوة له فحكمه حكم ذوي المحرم في النظر لقول الله تعالى: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي الإِرْبَةِ﴾ (النور: ٣١) أي غير أولي الحاجة إلى النساء، وقال ابن عباس: هو الذي لا تستحي منه النساء، وعنه: هو المخنث الذي لا يقوم زبُّه(٢٢١)، وعن مجاهد وقتادة: الذي لا أرب له في النساء، فإن كان المخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم

الحقوق، وسنذكر ذلك في موضعه إن شاء الله (**وعنه ينعقد بحضور فاسقين**) وقد ذكرنا ذلك (**ورجل وامرأتين**) ظاهر المذهب أن النكاح لا ينعقد برجل وامرأتين وهو قول النخعي والأوزاعي والشافعي، وعن أحمد أنه قال إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز، فإن كان معهن رجل هو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك، وهو قول أصحاب الرأي، وروى عن الشعبي لأنه عقد معاوضة فانعقد بشهادتين بالرجال كالبيع.

ولنا: الخبر المذكور، ولأنه عقد ليس المقصود منه المال ويحضره الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالحدود، ولهذا فارق البيع.

45- مسألة: (وعنه ينعقد بحضور مراهقين عاقلين) وقد ذكرناه.

46- مسألة: (ولا ينعقد نكاح المسلم بشهادة ذميين ويتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية وقد ذكرنا ذلك).

47- مسألة: (ولا ينعقد بحضور أصمين ولا أخرسين).

لأن الأصمين لا يسمعان، والأخرسين يتعذر الأداء منهما، وفي انعقاده بشهادة أهل الصنائع الرديئة كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم.

48- مسألة: (وهل ينعقد بحضور عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما؟ على وجهين).

أحدهما ينعقد اختاره أبو عبد الله بن بطة لعموم قوله: «وشاهدي عدل» ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول، **والثاني**: لا ينعقد، لأن العدو لا تقبل

---

(٢١٩) أخرجه ابن جرير الطبري في «تفسيره» (١٨/ ٩٣) من حديث عائشة وفي إسناده حجاج بن أرطاة وهو ضعيف.

(٢٢٠) تقدم برقم (٢٠٩).

(٢٢١) في نسخة: ذكره.

غيـره لأن عائشة قالت: دخل عـلى أزواج النبى ﷺ مخنث، فكانوا يعدونه من غـير أولى الإربة من الرجال، فـدخل علينا النبى ﷺ: وهو ينعت امـرأة أنها إذا أقبلت أقـبلت بأربع، وإذا أدبرت أدبرت بثمان، فقـال النبى ﷺ: «ألا أرى هذا يعلم ما هـهنا؟ لا يدخلن عليكم هذا» فحجبـوه، رواه أبو داود وغيره(٢٢٢)، قال ابن عبد البر: ليس الـمخنث الذى تُعْرف فيه الفاحـشة خاصة وإنمـا التخنيث بشدة التأنيث فى الـخلقة حتى يشبـه المرأة فى اللين والكلام والنظر والنغمة والعقل فإذا كان كـذلك لم يكن له فى النساء أرب وكان لا يفطن لأمور النساء وهو من غـير أولـى الإربة الذين أبيح لهم الدخـول على النسـاء، ألا ترى أن النبى ﷺ لم يمنع ذلك المخنث من الدخول على نسـائه فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفـهم أمر النساء أمر بحجبه؟.

فـصـل: فأما الرجل مع الرجل فلكل واحـد منهما النظر من صاحبـه إلى ما ليس بعورة، وفى حدها روايتان: إحداهما: ما بين السرة والركبة والأخرى الفرجان وقد ذكرناهما فى كتاب الصلاة ولا فرق بين الأمرد وذى اللحية إلا أن الأمرد إن كان جميلاً يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يجز تعمد النظر إليه، وقد روى عن الشعبى قال: قدم وفد عبد القيس على النبى ﷺ وفيهم غلام أمـرد ظاهر الوضاءة فـأجلسه النبى ﷺ وراء ظهـره، رواه أبو حفص(٢٢٣)، قـــال

شهادته على عـدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده، وعنه إن الشهـادة ليست من شروط النكاح وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك والله أعلم.

فـصـل: قال رحمه الله: (الخامس: كون الرجل كفؤًا لها فى إحدى الروايتين فلو رضيت المرأة والأولياء بغيره لمن يصح) اختلفت الرواية عن أحمد فى اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروى عنه أنهـا شرط فإنه قال: إذا تزوج المـولى العربية فرق بينهـما وهذا قول سفـيان، قال أحمد فى الرجل يشرب الشراب ما هو بكفء لها يفـرق بينهما وقال: ولو كان المتزوج حائكًا فرقت بيـنهما لقـول عمـر ﷺ لأمنعن تزويج ذوات الأحسـاب إلا من الأكفـاء رواه الخلال بإسناده وعن أبى إسحاق الهـمدانى قال: خرج سلمان وجـرير فى سفر فأقيمت الصـلاة فقال جرير لسلمان: تقدم، فـقال سلمان: بل أنت تقدم فإنكم معشر العـرب لا نتقدم فى صلاتكم ولا ننكح نساءكم إن الله فـضلكم علينا بمحمـد ﷺ وجعله فيكم، ولأن التزويج مع فـقد الكفاءة تصرف فى حق من يحدث فى الأولياء بغير إذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير إذنها.

---

(٢٢٢) أخرجه البخارى (٧/ ٤٣٢٤/ فـتح) وليس فيه لفظ ألا أرى هذا ومسلم (٤/ السلام/ ٣٣/ ١٧١٦) من حديث عائشة بلفظه، وأبو داود (٤/ ٤١٠٧) من حـديث عائشة، وابن ماجه (١/ ح١٩٠٢) من حديث أم سلمة، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٦٧) من حديث أم سلمة بنحوه.

(٢٢٣) ذكره ابن حجر فى التلخيص من كتاب «النكاح» باب «ما جاء فى استحباب النكاح» وقال: ذكره ابن القطان فى كتـاب أحكام النظر وضعـفه، ورواه أحمد بن إسـحاق بن إبراهيم بن نبـيط بن شريط فى نسخته، ومن طريقه أبو موسى فى الترهيب وإسناده واه، انظر الإرواء للألبانى (٦/ ١٨٠٩).

المروذى: سمعت أبا بكر الأعين[(٢٢٤)] يقول: قدم علينا إنسان من خراسان صديق لأبى عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلاً فمضى إلى أبى عبد الله فحدثه فلما قمنا خلا بالرجل وقال له: من هذا الغـلام منك؟ قال: ابن أختـى، قال: إذا جئتـنى لا يكون معك والذى أرى لك أن لا يشمى مـعك فى طريق، فأمـا الغلام الذى لم يبلغ تسعًـا فلا عورة لـه يحرم النظر إليهـا، وقد روى عن ابن أبى ليلـى عن أبيه قال: كنـا جلوسًا عند النبى قـال: فجاء الـحسن فجعل يتمرغ عليه فرفع مقدم قميصه أراه قال: فقبل زبيبته، رواه أبو حفص[(٢٢٥)].

فـصل: وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء، ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمى فى النظر، قال

وقد روى الدارقطـنى عن النبى ﷺ قال: «لا تنكحـوهن إلا الأكفـاء ولا يزوجهن إلا الأولياء»[(45)] إلا أن ابن عبد البر قال: هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله، ولو رضيت المرأة والأولـياء بغيـر كفء لم يصح النكاح لفـوات شرطه وهذا اخـتيار الخـرقى، وإذا قلنا باشتراطها فإنما يعتبر وجودها حال العقد فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح، فإن كانت معدومة حال العقد فهو فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

والثانـية: ليست شرطًا فى النكاح وهى أصح، وهو قـول أكثر أهل العلم روى نحوه عن عمر وابن مـسعود وعمر بن عبـد العزيز وعبيد بن عـمير وحماد بن أبى سليمـان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعى وأصـحاب الرأى لقول الله تعالى: ﴿**إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ**﴾ (الحجرات: ١٣) وقالت عائشة: إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالمًا وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصـار، أخرجه البخارى، وأمر النبى ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مـولاه فنكحها بأمره[(46)] متفق عليـه، وزوج زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية[(47)]، وقال ابن مسعود لأخيه: أنشدك الله أن لا تزوج إلا مسلمًا وإن كان أحمر روميًا أو أسود حبشيًا[(48)] ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقًا للمرأة أو للأولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب.

وروى أن أبا هند حجم النبى ﷺ فى اليافوخ فقال النبى ﷺ: «يا بنى بياضة انكحوا

---

(٢٢٤) أبو بكر الأعين، هو أبو بكر محـمد بن أبى عتاب الحسن بن طريق الأعـين من أهل بغداد واختلف فى نسبه ومات فى جمادى الأولى سنة أربعين ومائتين (الأنساب/ ١/ ١٩٢).

(٢٢٥) أخـرجه البـيهـقى فى «السنن الكبـرى» (١/ ١٣٧) من حديث عـبـد الرحمن بن أبى ليلى، وقـال البيهقى: إسناده غير قوى وليس فيه أنه مسه بيده ثم صلى ولم يتوضأ.

(45) أخرجه مسلم (٢/ طلاق/ ٣٦/ ١١١٤) والنسائى (٦/ ح٣٢٤٤) وأبو داود (٢/ ٢٢٨٤).

(46) أخرجه مسلم (٢/ طلاق/ ٣٦/ ١١١٤) والنسائى (٦/ ح٣٢٤٤) وأبو داود (٢/ ٢٢٨٤).

(47) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٣٠١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٦).

(48) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٥٨٤).

أحمد: ذهب بعض الناس إلى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية وأما أنا فأذهب إلى أنها لا تنظر إلى الفرج ولا تَقْبَلُها حين تلد.

وعن أحمد رواية أخرى: أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقول تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ (النور: ٣١) والأول أولى لأن النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبى ﷺ فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب، وقد قالت عائشة: جاءت يهودية تسألها فقالت: أعاذك الله من عذاب القبر، فسألت عائشة رسول الله ﷺ ... وذكر الحديث[(٢٢٦)] وقالت أسماء: قدمت على أمي وهى راغبة - يعنى عن الإسلام - فسألت رسول الله ﷺ أَصِلُها؟ قال: «نعم»[(٢٢٧)] ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمى ولأن الحجاب إنما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما، فأما قوله: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ فيحتمل أن يكون المراد به جملة النساء.

أبا هند وانكحوا إليه»[(49)] رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكارًا شديدًا، قال شيخنا: والصحيح أنها غير مشروطة، وما روى فيها يدل على اعتبارها فى الجملة ولا يلزم منه اشتراطها.

49- مسألة: (لكن إن لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ).

لأن للزوجة ولكل واحد من الأولياء فيها حقًا ومن لم يرض منهم له الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته جعل لها النبى ﷺ الخيار فاختارت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار.

فصل: وإن قلنا ليست شرطًا فرضيت المرأة والأولياء جميعهم صح النكاح، وإن لم يرض بعضهم فقد روى عن أحمد أن العقد يقع باطلاً من أصله، لأن الكفاءة حق لجميعهم والعاقد متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولى وهذا أحد قولى الشافعى وظاهر المذهب أن العقد يقع صحيحًا ويثبت لمن لم يرض الفسخ لما ذكرنا من حديث المرأة التى رفعت إلى النبى ﷺ أن أباها زوجها لغير كفء خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ولأن العقد وقع بالإذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة

---

(٢٢٦) أخرجه البخارى (٢/ ح١٠٤٩/ فتح) ومسلم فى كتاب «الكسوف» (٢/ ٦٢١/ ٨) والنسائى (٣/ ١٤٧٤) ومالك فى الموطأ (١/ ١٠٨٧) وأحمد فى مسنده (٦/ ٥٣، ١٧٤، ٢٣٨) والدارمى فى «سننه» (١/ ح١٥٢٧).

(٢٢٧) تقدم فى المسألة (٤٢٩) برقم (١٠٦).

(49) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٠٢) من حديث أبى هريرة والدارقطنى (٣/ ٣٠١) والحديث حسن.

فـصـل: فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان: إحداهما: لها النظر إلى ما ليس بعورة، **والأخـرى**: لا يجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها، اختاره أبو بكر وهذا أحد قـولى الشافعى لمـا روى الزهرى عن نبهان عن أم سلـمة قالت: كنت قـاعدة عند النبى ﷺ أنا وحفصة فـاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبى ﷺ: «احتـجبن منه» فقلت: يا رسول الله إنه ضرير لا يبصر، قال: «أفعمياوان أنتما لا تبصرانه؟»(٢٢٨) رواه أبو داود وغيره، ولأن الله تعالى أمـر النساء بغض أبصارهن كـما أمر الرجـال به، ولأن النساء أحد نوعى الآدمـيين فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياسًا على الرجال، يحققه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهذا فى المرأة أبلغ فإنها أشد شهوة وأقل عقلاً فتسارع الفتنة إليها أكثر.

وغيـرها فعلى هذه الرواية يثبت الـفسخ لمن لم يرض، وبهذا قـال مالك والشافـعى وقال أبو حنيفة: إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يكن لباقى الأولياء فسخ، لأن هذا الحق لا يتجزأ وقد أسقط بعض الشركاء بعضه فسقط جميعه كالقصاص.

ولنا: أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه فلم يسـقط برضا غيره كالمرأة مع الولى، فأما القصاص فلا يثـبت لكل واحد كاملاً فإذا سقط بعـضه تعذر استيفاؤه وهـــهنا بخلافه ولأنه لو زوجها بدون مهر مـثلها ملك الباقون عند غيرهم الاعتراض مع أنه خالص حـقها فههنا مع أنه حق لهم أولى.

50- مـسألة: (فلو زوج الأب بغير كفء برضاها فللإخوة الفسخ).

نص عليـه أحمـد وقال مـالك والشافـعى: ليس لهم فسخ إذا زوج الأقـرب لأنه لا حق للأبعد معه فرضاها لا يعتبر كالأجنبى.

ولنا: أنه ولى فى حال يلحقه العار بعدم الكفاءة فملك الفسخ كالمتساويين.

51- مـسألة: (والكفاءة الدين والمنصب يعنى بالمنصب النسب).

اختلفت الرواية عن أحـمد فى شرط الكفاءة فـعنه أنها شرطان الدين والمنصب لا غـير، وعنه خمسة: هذان والحـرية والصناعة واليسار، وذكر القاضى فى المجـرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة إنما الروايتان فى الشرطين الأوليـن قال: ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة فى النسب لا غير لأنه نقص لازم وما عداه غـير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد وذكر فى الجامع الروايتين فى جميع الشروط وذكره أبو الخطاب أيضًا وقال مالك: الكفاءة فى الدين لا غير، قـال ابن عبد البر: هذا جـملة مذهب مالك وأصحـابه وعن الشافعى كـقول مالك، وقول آخر إنها الخمسة التى ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبى حنيفة والثـورى والحسن بن صالح إلا فى الصنعة والسلامـة من العيوب ولم يعتبر مـحمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفؤًا، لأن الغالب

---

(٢٢٨) تقدم برقم (٢١١).

ولنا: قول النبى ﷺ لفاطمة بنت قيس «اعـتدى فى بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك» متفق عليه(٢٢٩)، وقالت عائشة: كان رسول الله ﷺ يسترنى بردائه وأنا أنظر إلى الحبشة يلعبون فى المسجد، متفق عليه(٢٣٠)، ويوم فرغ النبى ﷺ من خطبة العيد مضى إلـى النساء فذكَّرهن ومعه بلال فأمـرهن بالصدقة(٢٣١)، ولأنهن لـو منعن الـنظر

على الحنث الفسق ولا يعد ذلك نقصًا، والدليل علـى اعتبار الدين قول الله تعالى: ﴿أَفَـمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لاَّ يَسْتَوُونَ﴾ (السجدة: ١٨) ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غيـر مأمون على النفس والمـال مسلوب الولايات ناقص عند الله وعند خلقـه قليل الحظ فى الدنيا والآخرة فـلا يجوز أن يكون كفؤًا لعـفيفة ولا مسـاويا لها لكن يكون كفؤًا لمـثله، فأما الفاسـق من الحنث فهـو ناقص عند أهل الدين والمروءات، والدليل علـى اعتبـار النسب فى الكفاءة قـول عمر لأمنعن تزويج ذوات الأحسـاب إلاَّ من الأكفاء، قال: قلت: ومـا الأكفاء؟ قال: فى الحسب(50) رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ولأن العرب يعدون الكفاءة فى النسب ويأنفون من نـكاح الموالى ويرون ذلك نقصًـا وعارًا فـإذا أطلقت الكفاءة وجب حمـلها على المتعارف، ولأن فى فـقد ذلك نقصًا وعارًا فوجب أن تعتبـر فى الكفاءة كالدين، فعلى هذا لا تزوج العفيفة بفاجر لما ذكرنا ولا عربية بعجمى فلا يكون المولى ولا العجمى كفؤًا لعربية لما ذكرنا من قول عمر رضي الله عنه، وقال سلمان لجرير: مـعشر العرب لا نتقدم فى صلاتكم ولا ننكح نساءكم إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم.

52- مـسـألة: (والعرب بعضهم لبعض أكفاء وسـائر اللناس بعضهم لبعض أكفاء وعنه لا تزوج قرشيةٌ لغير قرشى ولا هاشمية لغير هاشمى).

اختلفت الرواية عن أحـمد رحمه الله فى ذلك فروى عنه أن غـير قريش لا يكافئهـا وغير بنى هاشم لا يكافئـهم، وهو قول بعض أصحاب الشافـعى لما روى عن النبى ﷺ «إن الله اصطفى كنانة من ولد إسـمـاعيل واصطفى قـريشًـا من كنانة واصطفى من قـريش بنى هاشم

---

(٢٢٩) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٨٤) ومسلم (كـتاب الطلاق/ ٢/ ١١١٤ - ١١١٧) والترمذى فى «كـتاب النكاح» (٣/ ١١٣٥) والنسـائى فى «كـتاب النكاح» (٦/ ٣٢٢٢) وأحـمد فى «مـسنده» (٦/ ٤١٦).

(٢٣٠) أخرجه البـخارى (١/ ح٤٥٤) ومسلم (٢/ ٦٠٩/ كتاب صـلاة العيدين) «باب الصدقـة فى العيد» والنسائى (٣/ ١٥٩٤) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٨٤، ٨٥، ١٦٦، ٢٤٧، ٢٧٠).

(٢٣١) أخرجه البخـارى (٢/ ٩٧٨) ومسلم (٢/ ٨٩٠/ كتاب صلاة العيدين/ باب ترك الصـلاة قبل العيد وبعدها) والدارمى (١/ ١٦١٠) من حديث جابر بن عبد الله.

(50) أخرجه الدارقطنى فـى «السنن» (٣/ ٢٩٨) من طريق إسحاق بن بهلول، قال: قـيل لعبد الله بن أبى رواد يزوج الرجل كريمته من ذوى الدين إذا لم يكن فى الحسب مثله، والبيهقى أيضًا (٧/ ١٣٣) بلفظ لا ينبغى لذوات الأحساب نزوجهن إلا الأكفاء والحديث ضعيف وعلته الانقطاع.

لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرن إليهم، فأما حديث نبهان فقال أحمد: نبهان روى حديثين عجيبين، يعنى هذا الحديث، وحديث «إذا كان لإحداكن مكاتب فلتحتجب منه»(٢٣٢) وكأنه أشار إلى ضعف حديثه إذ لم يرو إلا هذين الحديثين المخالفين للأصول، وقال ابن عبد البر: نبهان مجهول لا يُعْرف إلا برواية الزهرى عنه هذا الحديث، وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبى ﷺ كذلك قال أحمد وأبو داود، قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: كان حديث نبهان لأزواج النبى ﷺ خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال: نعم، وإن قُدر التعارض فتقديم الأحاديث الصحيحة أولى من الأخذ بحديث مفرد فى إسناده مقال.

واصطفانى من بنى هاشم»(51) ولأن العرب فضلت الأمم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبنو هاشم أخص به من قريش ولذلك قال عثمان وجبير بن مطعم: إن إخواننا من بنى هاشم لا ننكر فضلهم علينا لمكانك الذى وضعك الله به منهم، وقال أبو حنيفة: لا يكافئ العجم العرب ولا العرب قريشًا وقريش كلهم أكفاء لأن ابن عباس قال: قريش بعضهم لبعض أكفاء، **والرواية الثانية**: أن العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم بعضهم لبعض أكفاء، لأن النبى ﷺ زوج ابنته عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بنى عبد شمس وزوج علىٌ عمرَ ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة ابنة الحسين ابن على وتزوج مصعب بن الزبير اختها سكينة وتزوجها أيضًا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر ﷺ أخته أم فروة الأشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس الفهرية القرشية، ولأن العجم والموالى بعضهم لبعض أكفاء وإن تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض فكذلك العرب وهذه الرواية الصحيحة إن شاء الله تعالى.

53- مسألة: (وعنه أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز بحجام ولا بنت بان بحائك ولا موسرة بمعسر).

أما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤًا لحرة لأن النبى ﷺ خير بريرة حين عتقت تحت عبد، فإذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى، ولأن نقص الرق كبير وضرره بين فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه، ولا يمنع صحة النكاح فإن النبى ﷺ قال لبريرة: «لو راجعتيه» قالت: يا رسول الله أتأمرنى؟ قال: «إنما أنا شفيع»

---

(٢٣٢) تقدم برقم (٢١٠) مسألة (١١٤٣).

(51) أخرجه مسلم (٤/ فضائل/ ١/ ١٧٨٢) والترمذى فى «سننه» (٥/ ح٣٦٠٥).

١١٤٣- **مسألة:** قال: **(وإذا زَوَّج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ويبعث بها إليه بالليل فالعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده).**

أما الشرط فصحيح لأنه لا يُخلُّ بمقصود النكاح فإن الاستمتاع إنما يكون ليلاً، وإذا كان الشرط صحيحًا لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين، وعلى الزوج النفقة فى الليل، لأنها سلمت إليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها فى مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها فى تلك الحال وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد، لأنها فى خدمته حينئذ ولأنها باقية على الأصل فى وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكسوة، وقال بعض أصحاب الشافعى: ليس على الزوج شىء من النفقة لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد فلم يجب منها شىء كالحرة إذا بذلت التسليم فى بعض الزمان دون بعض.

قالت: فلا حاجة لى فيه، رواه البخارى[52] ومراجعتها إياه ابتداء نكاح فإن نكاحها قد انفسخ باختيارها ولا يشفع إليها النبى ﷺ فى أن تنكح عبدًا إلا والنكاح صحيح.

فأما اليسار ففيه روايتان **إحداهما:** هو شرط لقول النبى ﷺ «الحسب المال» وقال: «إن أحساب الناس بينهم هذا المال» وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها: «أما معاوية فصعلوك لا مال له» ولأن على الموسرة ضررًا فى إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤونة أولاده ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارنًا ولأن ذلك معدودة نقصًا فى عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم فى النسب وأبلغ، قال نبيه بن الحجاج السهمى:

سَألَتَانى الطَّلاقَ أن رأَتَانى ... قَلَّ مَالى قد جِئْتُمانى بِنُكْرِ
وَيْكأنَّ مَنْ لَهُ نَسَبٌ يُحَبَّب ... وَمَنْ يَفْتَقِرْ يَعِشْ عَيْشَ ضُرِّ

فكان من شروط الكفاءة كالنسب، **والثانية:** ليس بشرط لأن الفقر شرف فى الدين وقد قال النبى ﷺ: «اللهم أحينى مسكينًا وأمتنى مسكينًا»[53] وليس هو لازما فأشبه العافية من المرض، واليسار المعتبر ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه أداء مهرها.

وأما الصناعة ففيها أيضًا روايتان: **إحداهما:** أنها شرط، فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقيم والحمامى والزبال فليس بكفء لبنات ذوى المروءات كأصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لأن ذلك نقص فى عرف الناس

---

(52) أخرجه البخارى فى الطلاق (٩/ ٥٢٨٣/ فتح) وأبو داود (٢/ ٢٢٣١) بنحوه.

(53) أخرجه الترمذى (٢٣٥٢) وابن ماجه (٤١٢٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٢) وإسناده صحيح.

ولنا: أن النفقة عوض فى مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة فى الإجارة وفارقت الحرة لأن التسليم عليها واجب فى جميع الزمان فإذا امتنعت فى البعض فلم تسلم ما وجب عليها تسليمه وههنا قد سلم السيد جميع ما وجب عليه.

فصل: فإن زوَّجها من غير شرط فقال القاضى: الحكم فيه كما لو شرط وله استخدامها نهارًا وعليه إرسالها ليـلاً للاستمتاع بها، لأنه زمانه، وذلك لأن السيد يملك من أمـته منفعتين منفعة الاستخدام والاسـتمتاع فإذا عقد على إحداهما لم يلزمه تسليمهـا إلا فى زمن استيفائها كمـا لو أجرها للخدمة لـم يلزمه تسليمهـا إلا فى زمنها وهو النهار والنفـقة بينهمـا على قدر إقامتها عندهما، وإن تبرع السيد بإرسالها ليلاً ونهارًا فالنفقة كلها على الزوج، وإن تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلاً ونهارًا لم تسقط نفقتها عنه، ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج لأن الزوجية تقتضى وجوبها ما لم يمنع من استمتاعها عدوانًا أو بشرط أو نحوه ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو نحوهما فإذا لم يكن من السيد ههنا منع فالنفقة على الزوج لوجود الزوجـية المقتضية لها وعدم المانع منها.

فصل: فإن أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها وإن أراد السيد السفر بهـا فقد توقف أحمد عن ذلك وقال: ما أدرى فيـحتمل المنع منه لأنه يفوت حق الزوج منها فمنع منه قـياسًا على ما لو منعه منه مع الإقـامة ولأنه مالك لإحدى منفعتـيها

فـأشبـه نقص النسب وقـد جـاء فى حـديث «العرب بعـضـهـم لبـعض أكفـاء إلا حـائكًا أو حجامًا»(54).

قيل لأحمد: وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه، يعنى أنه ورد موافقًا لأهل العرف، وروى أن ذلك ليس بنـقص ويروى نحو ذلك عن أبى حنيفـة، لأن ذلك ليس بنقصٍ فى الدين ولا هو لازما أشبه الضعف والمرض، قال بعضهم:

ألا إنَّمـا التَّقْـوَى هى العـزُّ والكرَم   وحُـبُّك للدُّنْيَـا هو الذُّلُّ والسَّـقَمْ
ولَيْسَ على عَـبْـد تَقِىٍّ نَقـيـصَـةٌ   إذا حَقّقَ التقوى وإن حَاكَ أو حَجَمْ

وأما السـلامة من العيـوبِ فليست من شـروط الكفاءة فإنه لا خـلاف أنه لا يبطل النكاح بها، ولكنها تثبت الخـيار للمرأة دون الأولياء، لأن ضررة يختص بها ولوليـها منعها من نكاح المجنون والأبرص والمجذوم وما عدا هذا فليس بمعتبر فى الكفاءة.

فصل: ومن أسلم أو أعتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان فى الإسلام والجزية، وقال أبو جنيفة: ليس بكفء، ولا يصح ذلك، لأن الصحابة أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال: إنهم غير أكفاء للتابعين.

---

(54) أخرجـه البيهـقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٥) وقـال: هو ضعيف، وذكـره أيضًا ابن عبـد البر فى «التمهيد» (١٩/ ١٦٥) من حديث ابن عمر ﵄ قال: حديث منكر موضوع.

فلم يملك منع الآخر من السفر بها كالسيد وكما لو أجرها ثم أراد السفر بها، ويحتمل أن له السفر بها لأنه مالك رقبتها كسيد العبد إذا زوجه، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلاً ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها، وليس للسيد السفر بها لأنه لا حق له فى بضعها[٢٣٣].

فصل: ويستحب لمن أراد التزويج أن يختار ذات الدين لقول النبى ﷺ: «تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك» متفق عليه[٢٣٤]، ويختار البكر لقول رسول الله ﷺ: «أتزوجت يا جابر؟» قال: قلت: نعم، قال: «بكرًا أم ثيبًا» قال: قلت: بل ثيبًا، قال: «فهلا بكرًا تلاعبها وتلاعبك؟» متفق عليه[٢٣٥]، وعن عطاء عن النبى ﷺ أنه قال: «عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواهًا وأنقى أرحامًا» رواه الإمام أحمد فى رواية «وأنتق أرحامًا وأرضى باليسير»[٢٣٦] ويستحب أن تكون من نساء يُعْرَفْن بكثرة الولادة لما روى عن أنس قال: كان رسول الله ﷺ يأمر بالباءة وينهى عن التبتل نهيًا شديدًا ويقول: «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» رواه سعيد[٢٣٧]، وروى معقل بن يسار قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إنى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب إلا أنها لا تلد أفأتزوجها؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال: «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم» رواه النسائى[٢٣٨].

وعن على بن الحسين أن النبى ﷺ قال: «يا بنى هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتمسوا أولادهن فإن فى أرحامهن البركة»[٢٣٩] ويختار الجميلة لأنها أسكن لنفسه وأغض لبصره

فصل: وولد الزنا قد قيل أنه كفء لذات نسب وعن أحمد أنه ذكر له أنه ينكح وينكح إليه فكأنه لم يحب ذلك، لأن المرأة تعير به هى وأولياؤها ويتعدى ذلك إلى ولدها وليس هو كفؤًا للعربية بغير إشكال فيه لأنه أدنى حالاً من المولى.

فصل: والموالى أكفاء بعضهم لبعض وكذلك العجم قال أحمد فى رجل من بنى هاشم له مولاة يتزوجها الخراسانى، وقول النبى ﷺ: «مولى القوم منهم» هو فى الصدقة، فأما فى النكاح فلا، وذكر القاضى رواية عن أحمد أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر، ولأن النبى ﷺ زوج زيدًا وأسامة عربيتين، ولأن موالى بنى هاشم ساووهم فى حرمان الصدقة

---

(٢٣٣) وفى نسخة: نفسها (٢٣٤) البخارى.

(٢٣٤) أخرجه البخارى (٩/ ٥٠٩٠) من حديث أبى هريرة ومسلم (٢/ رضاع/ ٥٣/ ١٠٨٦).

(٢٣٥) تقدم برقم (١٥) شرح.

(٢٣٦) أخرجه ابن ماجه (١/ ح١٨٩١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٨١) وللحديث شواهد وطرق يرتقى بها إلى درجة الحسن.

(٢٣٧) تقدم برقم (٨) (ص ٥١١). (٢٣٨) تقدم برقم (٨) (ص ٥١١).

(٢٣٩) ينظر فى الحديث رقم (9) شرح.

وأكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح، وقـد روى عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حـزم عن رســول الله ﷺ أنه قـال: «إنمـا النسـاء لُـعَبٌ فـإذا اتخـذ أحـدكم لعـبـة فليستحسنها»[(٢٤٠)].

وعن أبى هريرة قال: قيل يا رسول الله أى النساء خـير؟ قال: «التى تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه فى نفسها ولا فى ماله بما يكره» رواه النسائى[(٢٤١)]، وعن يحيـى بن جعدة أن رسول الله ﷺ قال: «خير فـائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امـرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه فى غيبته فى ماله ونفسها» رواه سعيد[(٢٤٢)].

ويختـار ذات العقل ويجـتنب الحمـقاء، لأن النكاح يراد للعـشرة ولا تصلح العـشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعـدى ذلك إلى ولدها، وقد قيل: اجتنبوا الحمقاء فإن ولدها ضياع وصحـبتها بلاء، ويختار الحسـيبة ليكون ولدها نجيبًا فإنه ربمـا أشبه أهلها ونزع إليهم، وكان يقال: إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيهـا وأخيها، وعن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم»[(٢٤٣)].

فساووهم فى الكفاءة، وهذا لا يصح فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاء للعرب فإن المولى إذا كان كفـؤًا لسيده كان كـفؤًا لمن يكافئـه سيده فيـبطل اعتبار المنصب ولهـذا لا يساووهم فى استـحقاق الخمس ولا فى الإمـامة ولا فى الشرف، وأمـا زيد وأسامة فقـد استدل بنكاحهـما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما من كلب فهما عربيان وإنما طرأ عليهما رق فعلى هذا يكون حكم كل عربى الأصل كذلك.

فصل: فأما أهل البدع[(55)] فإن أحمد قال فى الرجل يزوج الجهمى يفرق بينهما وكذلك إذا زوج الواقفى إذا كان يخـاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية وقـد كتب الحديث فهـذا شر من جهـمى يفرق بينهمـا، وقال: لا يزوج بنته من حـرورى مرق من الدين ولا من

---

(٢٤٠) ذكره السيـوطى فى اللآلئ المصنوعة (٢/ ١٨٩) وقال أخـرجه أبو بكر الشافعى فى الغـيلانيات من طريق يحيى بن عبد الله بن محمد من حديث على، وقال السيوطى: لا يصح: عيسى يروى عن آبائه أشياء موضوعة والجمحى حدث بأشياء منكرة، ولفظه «المرأة لعبة زوجها فإن استطاع أن يحسن لعبته فليفـعل، وأخرجـه الحاكم فى تاريخه من طريـق ابن لهيعـه عن الأحوص بن حكيم عن عـمرو بن العاص بلفظ «النساء لعب فتخيروا» والحديث فى إسناده ابن لهيعة وقد عنعنه.

(٢٤١) أخرجه النسائى (٦/ ح٣٢٣١) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٥١، ٤٣٢، ٤٣٨) وإسناده صحيح.

(٢٤٢) أخرجه سعـيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٥٠١) وهو حديث مرسل وذكـره ابن حجر فى المطالب العالية (٢/ ١٥٧١) والهـيثمى فى «المجمع» (٤/ ٢٧٢) من حـديث أبى هريرة وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه جابر الجعفى وهو ضعيف وقد وثق وبقية رجاله ثقات.

(٢٤٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح١٩٦٨) وذكره الألبانى فى صحيح ابن ماجه (١/ ١٦٠٢) وقال: حسن.

(55) ويقصد بهم أهل الأهـواء وأهل الكلام، ومن أكبر البدع المضلة الرافـضة والجهمـية والخوارج، انظر «شفاء العليل» ص١٠.

ويختار الأجنبية فإن ولدها أنجب ولهذا يقال: اغتبروا لا تضووا، يعنى أنكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم، وقال بعضهم: الغرائب أنجب وبنات العم أصبر، ولأنه لا تؤمن العداوة فى النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق فإذا كان فى قرابته أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها والله أعلم.

الرافضى ولا من القدرى فإذا كان لا يدعو فلا بأس وقال: من لم يربع بعلى فى الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه، قال القاضى: المقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه.

فصل: وإنما تعتبر الكفاءة فى الرجل دون المرأة فإن النبى ﷺ لا مكافئ له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيى وتسرى بالإماء، وقال: «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران» متفق عليه، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك فى الأم.

باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك

التحـريم للنكاح ضربان: تحريم عين وتحريم جـمع، ويتنوع أيضًا نوعين: تحريم نسب وتحريم سـبب، والأصل فى ذلك الكتاب والسنة والإجماع، فـأما الكتاب فقـول الله تعالى: ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ** ﴾ (النساء: ٢٣) والآية التى قبلها والتى بعدها [١]، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسـول الله ﷺ أنه قال: «لا يجـمع الرجل بين المرأة وعـمتـها ولا بينهـا وبين خالتها» متفق عليه [٢]، وعن عائشة ﵂ قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن الرضاعة تُحَرِّم ما تحرم الولادة» [٣] أخرجه مسلم، وأجمعت الأمة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه.

١١٤٤- مسألة: قال: **(والمحرمات نكاحهن بالأنساب: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت، والمحرمات بالأسباب: الأمهات المرضعات والأخـوات من الرضـاعـة وأمـهـات النسـاء وبنات النسـاء اللاتى دخـل بهن وحـلائل الأبناء وزوجات الأب والجمع بين الأختين).**

باب المحرمات فى النكاح

وهن ضربان: محرمات على الأبد وهن أربعة أقسام:

أحـدها: المحرمات بالنسب وهن سبع ذكـرهن الله سبحانه فى قوله: ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ** ﴾ فأما الأمهات فهن كل من انتسبتَ إليها بولادة سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة وهى التى ولدتك أو مجازًا وهى التى ولدت من ولدتـك وإن علت ومن ذلك جـدتا أم أمـك وأم أبيك وجـدتا أمك وجــدتا أبيك وجـدات جـداتك وجـدات أجـدادك وإن علون وارثات كن أو غـيـر وارثات كلهن أمـهـات محرمات، ذكر أبو هريرة هاجر أم إسماعـيل فقال: تلك أمكم يا بنى ماء السماء، وفى الدعاء المأثور: اللهم صل عـلى أبينا آدم وأمنا حواء، والبنات وهن كل أنثى انـتسبت إليك بولادتك كابنة الـصلب، وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتـهن وارثات أو غيـر وارثات كلهن بنات

---

(١) إشارة إلى الآيات رقم ٢٢ - ٢٤ من سورة النساء.

(٢) أخرجـه البخـارى (٩/ ٥١١٢/ فتح) ومـسلم (٢/ نكاح/ ٣٣/ ١٠٢٨) وأبو داود (٢/ ٢٠٦٦) وابن ماجه (١/ ح١٩٢٩) والدارمى (٢/ ح٢١٧٩) بلفظ: نهى، ومالك فى الموطأ (٢/ ٥٣٢).

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٢٦٤٦/ فـتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ١/ ١٠٦٨) والنسائى (٦/ ح٣٣١٣) ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٠١) وأحـمد فى «مـسنده» (٦/ ١٧٨) والبيهـقى فى السنن (٧/ ١٥٩، ٤٥١) وابن عبد البر فى التمهيد (٨/ ٢٤٤).

وجملة ذلك: أن المنصوص على تحريمهن فى الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب، واثنتان بالرضاع، وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع، فأما اللواتى بالنسب فأوّلاهن الأمهات، وهن كل من انتسبت إليها بولادة سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة وهى التى ولدتك أو مجازًا وهى التى ولدت من ولدك وإن علت من ذلك جدتاك أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وإن علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات.

ذكر أبو هريرة هاجر أم إسماعيل فقال: «تلك أمكم يا بنى ماء السماء»(٤) وفى الدعاء اللهم صل على أبينا آدم وأمنا حواء، والبنات وهن كل أنثى انتسبت إليك بولادتك كابنة الصلب وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتهن وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ فإن كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم، قال الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ والأخوات من الجهات الثلاث من الأبوين أو من الأب أو من الأم لقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَاتُكُمْ﴾ ولا تفريع عليهن، والعمات أخوات الأب من الجهات الثلاث وأخوات الأجداد من قبل الأب ومن قبل الأم قريبًا كان الجد أو بعيدًا وارثًا أو غير وارث لقوله تعالى: ﴿وَعَمَّاتُكُمْ﴾ والخالات أخوات الأم من الجهات الثلاث وأخوات الجدات، وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله: ﴿وَخَالاتُكُمْ﴾ وبنات الأخ كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادة فهى بنت أخ محرمة من أى جهة كان الأخ لقوله تعالى:

محرمات لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ فإن كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ والأخوات من الجهات الثلاث من الأبوين أو من الأب أو من الأم لقول الله تعالى: ﴿وَأَخَوَاتُكُمْ﴾ ولا تفريع عليهن، والعمات أخوات الأب من الجهات الثلاث وأخوات الأجداد من قبل الأب ومن قبل الأم قريبًا كان الجد أو بعيدًا وارثًا أو غير وارث لقول الله تعالى: ﴿وَعَمَّاتُكُمْ﴾ والخالات أخوات الأم من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقول الله تعالى: ﴿وَخَالاتُكُمْ﴾ وبنات الأخ كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادته هى بنت أخ محرمة من أى جهة كان الأخ لقول الله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ الأَخِ﴾ وبنات الأخت كذلك أيضًا محرمات لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾ فهؤلاء المحرمات بالنسب.

فصل: ولا فرق بين النسب الحاصل بنكاح أو ملك يمين أو وطء شبهة أو حرام فتحرم عليه ابنته من الزنا لدخولها فى عموم اللفظ ولأنها مخلوقة من مائه فحرمت كتحريم الزانية على ولدها وتحريم المنفية باللعان لأنها منفية ولاحتمال أن تكون ابنته وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى.

القسم الثانى: المحرمات بالرضاع، فيحرم به ما يحرم من النسب سواء والذى ذكره الله

---

(٤) أخرجه البخارى (٦/ ٣٣٥٨/ فتح) ومسلم (٤/ فضائل/ ٤٥١/ ٤٨١/ ١٤٨١).

﴿وَبَنَاتُ الأَخِ﴾ وبنات الأخت كذلك أيضًا محرمات لقوله سبحانه: ﴿وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾ فهؤلاء المحرمات بالأنساب.

النوع الثانى: المحرمات تحريم السبب وهو قسمان: رضاع ومصاهرة، فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان الأمهات المرضعات وهن اللاتى أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب ما ذكرنا فى النسب محرمات بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ (النساء: ٢٣) كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهى من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الأخرى فهى أختك محرمة عليك لقوله سبحانه: ﴿وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾.

القسم الثانى: تحريم المصاهرة، والمنصوص عليه أربع: أمهات النساء، فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد، وهو قول أكثر أهل العلم، منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وحكى عن على ﷺ أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها فى عموم الآية، قال ابن عباس: أبهموا ما أبهم القرآن(٥)، يعنى عمموا حكمها فى كل

تعالى اثنتان بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ فالأمهات اللاتى أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب ما ذكرنا فى النسب محرمات بالآية، وأما الأخوات فهى كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهى من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الأخرى فهى أختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك حرم مثلها من الرضاع كالعمة والخالة والبنت وبنت الأخ وبنت الأخت على ما ذكرنا لقول النبى ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(1) متفق عليه، وفى رواية لمسلم «الرضاع يحرم ما تحرم الولادة»(2) ولأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن والباقيات يقسن عليهن ولا نعلم فى هذا خلافًا.

---

(٥)لم نجده بهذا اللفظ وأخرج البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٦٠) من طريق عبد الله بن بكر ثنا سعيد عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال: «هى مبهمة وكرهه» وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٢٣٤) وابن أبى شيبة فى «المصنف» (٣/ ٣٠٩) وإسناده صحيح.

(1)أخرجه البخارى (٥/ ح٢٦٤٤/ فتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ٩/ ١٠٧٠).

(2)أخرجه البخارى (٩/ ح٥١٠٣/ فتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ١، ٢/ ١٠٦٨).

حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها»(٦) رواه أبو حفص بإسناده، وقال زيد: تحرم بالدخول أو بالموت، لأنه يقوم مقام الدخول، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقًا سواء وجد الدخول أو الموت أو لا، ولأنها حرمت بالمصاهرة بقبول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والأب.

الثانية: بنات النساء اللاتى دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا فى البنات إذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت فى حجره أو لم تكن فى قول عامة الفقهاء، إلا أنه روى عن عمر وعلى ﵄ أنهما رخصا فيها إذا لم تكن فى حجره، وهو قول داود لقول الله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم﴾ (النساء: ٢٣) قال ابن المنذر(٧) : وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول.

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو فى هذا، وقال النبى ﷺ لأم حبيبة: «لا تَعْرِضْنَ على بناتكن ولا أخواتكن»(٨) ولأن التربية لا تأثير لها فى التحريم كسائر المحرمات، فأما

القسم الثالث: تحريم المصاهرة، وهن أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد، نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين ﵃ وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وحكى عن على ﵁ أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها إلاَّ بالدخول بها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها فى عموم الآية، قال ابن عباس: أبهموا ما أبهم القرآن(*) يعنى عمموا حكمها فى كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها»(3) رواه أبو حفص بإسناده، وقال زيد: تحرم بالدخول أو بالموت لأنه يقوم مقام

---

(٦) انظر الإجماع لابن المنذر (٧٨/ ٢٣٦).

(٧) أخرجه البخارى (٩/ ٥١٠٦/ فتح) ومسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ١٥، ١٦، ١٠٧٢، ١٠٧٣) وأبو داود (٢/ ٥٦ ٢٠) والنسائى (٦/ ح٣٢٨٧) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٩١، ٣٠٩، ٤٢٨) وابن ماجه (١/ ١٩٣٩) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ٧٥، ١٦٣).

(٨) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (٧٨/ ٣٦٢).

(*) تقدم تخريجه برقم (٥/ مسألة ١١٤٤).

(3) أخرجه البيهقى فى «السنن» (٧/ ١٦٠) وقال: مثنى بن الصباح غير قوى وقد تابعه على هذه الرواية عبد الله بن لهيعة عن عمرو بن شعيب، وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ١٠٨٢١).

الآية فلم تخرج مخرج الشرط، وإنما وصفها بذلك تعريفًا لها بغالب حالها، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه، وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها فى قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه إلا أن يموت قبل الدخول ففيه روايتان: **إحداهما:** تحرم ابنتها، وبه قال زيد بن ثابت وهى اختيار أبى بكر، لأن الموت أقيم مقام الدخول فى تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه فى تحريم الربيبة، **والثانية:** لا تحرم، وهو قول على ومذهب عامة العلماء، قال ابن المنذر[٩]: وأجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها، كذلك قال مالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم، لأن الله تعالى قال: ﴿**مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**﴾ (النساء: ٢٣) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف، وحديث عبد الله بن عمر وقد ذكرناه، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجرى مجرى الدخول فى الإحصان والإحلال وعدة الأقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره، إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وَطْؤُها كنى عنه بالدخول فإن خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها، لأنها غير مدخول بها، وظاهر قول الخرقى تحريمها لقوله فإن خلا بها وقال لم أطأها وصَدَّقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول فى جميع أمورها إلا فى الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثًا وفى الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله، **الثالثة:** حلائل الأبناء يعنى أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها وهى محللة له، فيحرم على الرجل أزواج أبنائه وأبناء بناته من نسب أو رضاع قريبًا كان أو بعيدًا بمجرد العقد لقوله تعالى: ﴿**وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ**﴾ (النساء: ٢٣)ولا نعلم فى هذا خلافًا، **الرابعة:** زوجات الأب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريبًا كان أو بعيدًا وارثًا كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ**

الدخول، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقًا سواء وجد الدخول أو الموت أو لم يوجد، ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والأب، **الثانية:** حلائل الآباء يعنى أزواجهم، سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها وهى محللة له فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريبًا كان أو بعيدًا وارثًا أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾ وقال البراء بن عازب: لقيت خالى ومعه الراية قال: أرسلنى رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله [4]رواه

---

(٩)أخرجه النسائى (٦/ ح٣٣٣) وأبو داود (٤/ ٤٤٥٩، ٤٤٥٧) والترمذى (٣/ ١٣٦٢) «بلفظ» أن آتيه برأسه، وابن ماجه (٢/ ٢٦٠٧) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٩٢، ٢٩٧) وقال الألبانى: حسن صحيح.

(4)أخرجه أبو داود (٤٤٥٦) والترمذى (١٣٦٢) والنسائى (٣٣٣١) وإسناده صحيح.

﴿آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ (النساء: ٢٢)وقال البراء بن عازب: لقيت خالى ومعه الراية فقلت: أين تريد؟ قال: أرسلنى رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله[١٠]، رواه النسائى، وفى رواية قال: لقيت عمى الحارث بن عمرو ومعه الراية... فذكر الخبر كذلك، رواه سعيد وغيره[١١]، وسواء فى هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأمه قرب أم بعد، وليس فى هذا بين أهل العلم خلافًا علمناه والحمد لله، ويحرم عليه مَنْ وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها فى عقد نكاح، قال ابن المنذر: الملك فى هذا والرضاع بمنزلة النسب، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثورى والأوزاعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا نحفظ عن أحد خلافهم، **الضرب الثانى:** تحريم الجمع، والمذكور فى الكتاب الجمع بين الأختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء فى هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم الآية، فإن تزوجهما فى عقد واحد فسد لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداهما بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح لأنه لم يحصل فيه جميع ونكاح الثانية باطل لأنه به يحصل الجمع، وليس فى هذا بحمد الله اختلاف وليس عليه تفريع.

النسائى، وفى رواية لقيت عمى الحارث بن عمرو ومعه الراية... وذكر الخبر، رواه كذلك سعيد[5] وغيره وسواء فى هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأمه قرب أم بعد وليس فى هذا بين أهل العلم اختلاف فيما علمنا، وتحرم من وطئها أبوه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها فى عقد نكاح قال ابن المنذر: الملك فى هذا والرضاع بمنزلة النسب وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثورى والأوزاعى وأبو عبيد وأصحاب الرأى ولا نحفظ عن أحد خلافهم، **الثالثة:** حلائل الأبناء فتحرم على الرجل زوجة ابنه وابن ابنته من نسب أو رضاع قريبًا كان أو بعيدًا بمجرد العقد لقوله تعالى: ﴿وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾ ولا نعلم فى هذا خلافًا، ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ربيبة ابنه وأبيه لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) **الرابعة:** بنات النساء اللاتى دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا فى البنات فإذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت فى حجره أو لم تكن فى حجره وهو قول داود لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِى فِى

---

(١٠) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٤٥٧) والنسائى (٦/ ٣٣٣٢) وابن ماجه (٢/ ٢٦٠٧).

(١١) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٤٩٢) والحاكم (٤/ ٣٧٥) وسكت عنه الدارمى (٢/ ح٢٢٣٩) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٩٢) وإسناده صحيح.

(5) أخرجه أبو داود (٤٤٥٧) والنسائى (٣٣٣٢) وابن ماجه (٢٦٠٧) وأحمد (٤/ ٢٩٢) وإسناده صحيح.

١١٤٥- **مسألة:** قال: (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب).

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع وهن الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت على الوجه الذى شرحناه فى النسب لقول النبى ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم النسب»(١٢) متفق عليه، وفى رواية مسلم «الرضاع يحرم ما تحرم الولادة»(١٣) وقال النبى ﷺ فى درة بنت أبى سلمة: «إنها لو لم تكن ربيبتى فى حجرى ما حلت لى، إنها ابنة أخى من الرضاعة أرضعتنى وإياها ثويبة»(١٤) متفق عليه، لأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن فى عموم لفظ سائر المحرمات ولا نعلم فى هذا خلافًا.

حُجُورِكُم﴾ قال ابن المنذر: وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول وذكرنا حديث عمرو بن شعيب فى هذا وقال النبى ﷺ: «لا تعرضن علىَّ بناتكن ولا أخواتكن»(6) ولأن التربية لا تأثير لها فى التحريم كسائر المحرمات، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وإنما وصفها بذلك تعريفًا لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه، وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها فى قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه.

أ- **مسألة:** (فإن متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن؟ على روايتين).

إحداهما: تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهى اختيار أبى بكر ولأن الموت أقيم مقام الدخول فى تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه فى تحريم الربيبة.

والثانية: لا تحرم: هو قول على وعامة العلماء، قال ابن المنذر: أجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ وهذا نص لا يترك بقياس ضعيف وقد ذكرنا حديث عمرو بن شعيب ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجرى مجرى الدخول فى الإحصان والإحلال وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك نص الله تعالى ولا نص رسوله لقياس

---

(١٢) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٦٤٤/ فتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ٩/ ١٠٧٠) وأبو داود (٢/ ٢٠٥٥) والنسائى (٦/ ح٣٣٠١) وابن ماجه (١/ ح١٩٣٧).

(١٣) أخرجه البخارى (٩/ ٥١٠٣/ فتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ٢٠١/ ١٠٦٨) وأبو داود (٢/ ٢٠٥٥) والنسائى (٦/ ح٣٣٠٣) وأحمد فى مسنده (٦/ ٢٩١، ٤٢٨).

(١٤) أخرجه البخارى (٩/ ٥١٠٦/ فتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ١٥، ١٦، ١٠٧٢، ١٠٧٣) وأبو داود (٢/ ٢٠٥٦) وابن ماجه (١/ ح١٩٣٩) وأحمد فى مسنده (٦/ ٢٩١، ٤٢٨).

(6) أخرجه البخارى (٩/ ٥١٠٦/ فتح) ومسلم فى كتاب «الرضاع» ـ(٢/ ١٥، ١٦/ ١٠٧٢، ١٠٧٣)..

١١٤٦- **مسألة:** قال: (ولبن الفحل محرم).

معناه أن المرأة إذا أرضعت طفلاً بلبن ثاب[١٥] من وطء رجل حُرِّم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه، وأولاد الرجل إخوته سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها، وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته، قال أحمد: لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبيًا لا يزوج هذا من هذا، سئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية والأخرى غلامًا فقال: لا، اللقاح واحد[١٦]، قال الترمذى: هذا تفسير لبن الفحل، وممن قال بتحريمه على وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن والشعبى والقاسم وعروة ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى، قال ابن عبد البر: وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث، ورخص فى لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة ابن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعى وأبو قلابة ويروى ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسمين، لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل، ويروى عن زينب بنت أبى سلمة أنها أرضعتها أسماء بنت أبى بكر امرأة الزبير، قالت: وكان الزبير يدخل علىَّ وأنا أمتشط فيأخذ بقرن من قرون رأسى فيقول: اقبلى علىَّ فحدثينى أراه والدًا وما ولد فهم إخوتى، ثم إن عبد الله بن الزبير أرسل يخطب إلى أم كلثوم ابنتى على حمزة بن الزبير وكان حمزة للكلبية فقلت لرسوله: وهل تحل له؟ وإنما هى ابنة أخيه (*) فقال عبد الله: إنما أردت بهذا المنع لما قبلك أما ما ولدت أسماء فهم إخوتك وما كان من غير أسماء فليسوا لك بإخوة فأرسلى فسلى عن هذا، فأرسلت فسألت وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فقالوا لها: إن الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئًا، فأنكحتها إياه فلم تزل عنده حتى هلك عنها[١٧].

ولنا: ما روت عائشة ﵂: «أن أفلح أخا أبى القعيس أستأذن على بعدما أنزل الحجاب فقلت: والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى

ولا غيره، إذا ثبت هذا فإن الدخول بها وطؤها كنّى عنه بالدخول فإن خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها، لأنها غير مدخول بها.

---

(١٥)ثاب: رجع.

(١٦)أخرجه الترمذى (٣/ ١١٤٩) والبيهقى فى «السنن (٧/ ٤٥٣) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٢٤٠/ ٩٦٦) والحديث إسناده صحيح.

(*)وفى نسخة: أخته.

(١٧)تقدم برقم (١٩٦ مسألة ١١٤٢).

ولكن أرضعتنى امرأة أبى القعيس فدخل علىَّ رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعنى ولكن أرضعتنى امرأته قال: ائذنى له فإنه عمك تربت يمينك»(١٨) قال عروة: فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» متفق عليه، وهذا نص قاطع فى محل النزاع فلا يعول على ما خالفه، فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا فإن الزبير كان يعتقد أنها ابنته وتعتقده أباها، والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم، وقوله مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنه وقول قوم لا يعرفون.

١١٤٧- مسألة: قال: (**والجمع بين المرأة وبين عمتها وبينها وبين خالتها**).

قال ابن المنذر(١٩): أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافًا وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهى ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها»(٢٠) متفق عليه، وفى رواية أبى داود «لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمةَ على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى»(٢١) ولأن العلة فى تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرنا، فإن احتجوا بعموم قوله سبحانه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) خصصناه بما رويناه، وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان مما أنكرا عليه رجم الزانى وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها، وقالا: ليس هذا فى كتاب الله تعالى، فقال لهما: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قالا: خمس صلوات فى اليوم والليلة، وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبها فأخبراه، فقال: فهل تجدان ذلك فى كتاب الله؟ قالا: لا نجده فى كتاب الله، قال: فمن أين صرتما إلى ذلك؟ قالا: فعله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده، قال: فكذلك هذا، ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائها وخالاتهم وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب كان ذلك أو من رضاع، فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة لما فى الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها فى العقد لما ذكرناه ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الأختين فإذا لم يُجمع بين الأختين فالمرأة وابنتها أولى.

فصل: ولا يحرم الجمع بين ابنتى العم وابنتى الخال فى قول عامة أهل العلم لعدم النص

---

(١٨) تقدم برقم (١٩٧ مسألة ١١٤٢).

(١٩) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (٨٠/ ٣٦٩).

(٢٠) تقدم برقم (٢) فى أول الباب.

(٢١) انظر الحديث السابق.

فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) ولأن إحداهما تحل لها الأخرى لو كانت ذكرًا، وفي كراهة ذلك روايتان، **إحداهما**: يكره، روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز، وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال: نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية القطيعة(٢٢)، ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة، **والأخرى**: لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهته كسائر الأقارب.

١١٤٨- **مسألة:** قال: **(وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حَرُمَتْ على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها، والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن)**.

وجملة ذلك: أن المرأة إذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حَرُمت على أبيه بمجرد العقد عليها لقوله الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ (النساء: ٢٢) وهذه من حلائل أبنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم﴾ (النساء: ٢٢) وهذه قد نكحها أبوه، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ وهذه منهن، وليس في هذا اختلاف بحمد الله إلا شيء ذكرناه فيما تقدم، والجد كالأب في هذا، وابن الابن كالابن فيه لأنهم يدخلون في اسم الآباء والأبناء وسواء في هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الأب والأم ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك.

١١٤٩- **مسألة:** قال: **(وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كلهن إلا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الآباء والأبناء فإنهن محللات، وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها)**.

وجملة ذلك: أن كل محرمة تحرم ابنتها لتناول التحريم لها فالأمهات تحرم بناتهن لأنهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لأنهن بنات ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأخت، وكذلك بنات بنات الأخ إلا بنات العمات والخالات فلا يحرمن بالإجماع لقول الله تعالى: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ﴾ (الأحزاب: ٥٠) فأحلهن الله لنبيه ﷺ، ولأنهن لم يذكرن في التحريم فيدخلن في قول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء لأنهن حُرِّمن لكونهن حلائل الآباء والأبناء، ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة

(٢٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٦/ ١٠٧٦٧) وأبو داود في المراسيل (١٤٩/ ح١٨٣) بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة» وهو حديث مرسل.

أخرى تقتضى تحريمهن فـدخلن فى قوله سبحانه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) وكذلك بنات الزوجة التى لم يدخل بها محللات لقوله سبحانه: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) وهن الربائب وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن، وإنما ذكرها لأنها محللة فيشتبه حكمها، **فإن قيل:** فلم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة حليلة الابن؟ **قلنا:** لأن ابنة الربيبة ربيبة وابنة الحليلة ليست حليلة، ولأن علة تحريم الربيبة أنه يشق التحرز من النظر إليها والخلوة بها بكونها فى حجره فى بيته، وهذا المعنى يوجد فى بنتها وإن سفلت والحليلة حرمت بنكاح الأب والابن لها ولا يوجد ذلك فى ابنتها.

١١٥٠- مسألة: قال: **(ووطء الحرام مُحَرِّم كما يحرم وطء الحلال والشبهة)**.

يعنى أنه يثبت به تحريم المصاهرة، فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالاً، ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته، نص أحمد على هذا فى رواية جماعة، وروى نحو ذلك عن عمران بن حصين، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس ومجاهد والشعبى والنخعى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى.

وروى عن ابن عباس أن وطء الحرام لا يُحَرِّم، وبه[٢٣] قال سعيد بن المسيب ويحيى ابن يعمر وعروة والزهرى ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر لما روى عن النبى أنه قال: «لا يحرم الحرام الحلال»[٢٤] ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشًا فلا يحرم كوطء الصغيرة.

2- مسألة: (ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام).

فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالاً ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا فى رواية جماعة وروى نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبى والنخعى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى، وروى عن ابن عباس: أن وطء الحرام لا يحرم، وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهرى ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يحرم الحرام الحلال» ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشًا كوطء الصغيرة.

---

(٢٣) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٦٨) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٧١٩/ ٣٩٢/ ٣٩٣) من طريق قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما فى رجل غشى أم امرأته، قال: تخطى حرمتين ولا تحرم عليه امرأته.

(٢٤) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح٢٠١٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٦٨) والدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٦٨/ ٨٩، ٩٠) من طريق عبد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعًا وفى إسناده عبد الله بن عمر العمرى وهو ضعيف.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَلا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: ٢٢) والوطء يسمى نكاحًا، قال الشاعر:

* إذا زنيت فأجد نكاحًا *

فحمل في عموم الآية، وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ (النساء: ٢٢) وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء، وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها»[٢٥] وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها»[٢٦] فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه، ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالإحرام، وحديثهم لا نعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أسوع[٢٧] بعض قضاة العراق، كذلك قال الإمام أحمد، وقيل إنه من قول ابن عباس، ووطء الصغيرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة.

فصل: والوطء على ثلاثة أضرب: مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين

ولنا: قوله سبحانه: ﴿وَلا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: ٢٢) والوطء يسمى نكاحًا قال الشاعر:

* إذا زَنَيْتَ فَأجِدْ نكاحًا *

فيدخل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء وهو قوله سبحانه: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء، وروى عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «لا ينظر الله عز وجل إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه، ولأن ما تعلق من تحريم بالوطء تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالإحرام وحديثهم لا تعرف صحته وإنما هو من كلام ابن اشوع بعض قضاة العراق كذلك قال أحمد، وقيل: إنه من قول ابن عباس، ووطء الصغيرة ممنوع لم يبطل بوطء الشبهة.

فصل: والوطء على ثلاثة أضرب: مباح وهو الوطء من نكاح صحيح أو ملك يمين

---

(٢٥) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٢٦٨، ٢٦٩، ٩٢) من طريق ليث عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال... ثم ذكره، وقال الدارقطني: موقوف، ليث وحماد ضعيفان.

(٢٦) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب «النكاح» باب الرجل يكون تحته الأمة المملوكه (٣/ ٣٠٥/ ٦) من حديث ابن منبه موقوفًا، قال: «في التوراة التي أنزل الله على موسى أنه لا يكشف رجل فرج امرأة وابنتها إلا ملعون» ما فصل لنا حرة ولا مملوكة...

(٢٧) في نسخة: أشوع.

فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع ويعتبر محرمًا لمن حرمت عليه لأنها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح أشبه النسب، **الثانى**: الوطء بالشبهة وهو الوطء فى نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره وأشباه هذا فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعًا، قال ابن المنذر(٢٨): أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والأوزاعى والثورى والشافعى وأحمد وإسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى، ولأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل مَحْرمًا لمن حُرِّمت عليه ولا يباح له به النظر إليها لأن الوطء ليس بمباح ولأن المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء، لأنها إباحة ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها فلأن لا يستبيح النظر إلى غيرها أولى.

الثالث: الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر، لأنه إذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر إذا طاوعته فيه.

فصل: ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا فى القبل والدبر، لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد فى الزوجة والأمة فكذلك فى الزنا فإن تلوط بغلام فقال بعض أصحابنا يتعلق به التحريم

فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع ويصير محرمًا لمن حرمت عليه، لأنها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح أشبه النسب، **الثانى**: الوطء بالشبهة وهو الوطء فى نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء الأمة التى فيها شرك وأشباه ذلك فيتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعًا، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والأوزاعى والشافعى وأحمد وإسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى، لأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير به الرجل محرمًا لمن حرمت عليه ولا يباح له النظر إليها بذلك والوطء ليس بمباح والمحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء، لأنها إباحة، ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها فلأن لا يستبيح النظر إلى غيرها أولى، **الثالث**: الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لأنها إذا لم تثبت بوطء الشبهة فبالحرام المحض أولى ولا يثبت به النسب ولا يجب به المهر بالمطاوعة إذا كانت حرة.

فصل: ويستوى فى ذلك الوطء فى القبل والدبر، لأنه يتعلق به التحريم إذا وجد فى الزوجة والأمة فكذلك فى الزنا.

---

(٢٨) انظر الإجماع لابن المنذر (٧٩/ ٣٦٥).

أيضًا فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللائط وابنته، قال: ونص عليه أحمد وهو قول الأوزاعى، لأنه وطء فى الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة، ولأنها بنت من وطئه وأمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى، وقال أبو الخطاب: يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج يكون فيه روايتان، والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فإن هؤلاء غير منصوص عليهن فى التحريم فيدخلن فى عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) ولأنهن غير منصوص عليهن ولا فى معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فإن المنصوص عليهن فى هذا حلائل الأبناء ومن نكحهن الآباء وأمهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا فى معناهن، لأن الوطء فى المرأة يكون سببًا للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشًا ويثبت أحكامًا لا يثبتها اللواط، فلا يجوز إلحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبهة، ولذلك لو أرضع الرجل طفلاً لم يثبت به حكم التحريم فها هنا أولى، وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بمثله.

فصل: ويحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت ابنته وبنت أخيه وأخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء، وقال مالك والشافعى فى المشهور من مذهبه: يجوز ذلك كله لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعًا ولا يجرى التوارث بينهما ولا تعتق عليه إذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الأجانب.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) وهذه ابنته فإنها أنثى مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ويدل على ذلك قول النبى ﷺ فى امرأة هلال بن أمية «انظروه - يعنى ولدها - فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء»(٢٩) يعنى الزانى لأنها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولأنها بضعة منه فلم تحل له كابنته من النكاح وتخلف بعض الأحكام لا ينفى كونها بنتًا كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين، إذا ثبت هذا: فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يطأ امرأة فى طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة فى وطء امرأة فتأتى بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره؟ فإنها تحرم على جميعهم لوجهين:

أحدهما: أنها بنت موطوءتهم، **والثانى:** أننا نعلم أنها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم فإن ألحقتها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين ولم تحل لأحد ممن وطئ أمها لأنها فى معنى ربيبته.

---

(٢٩)تقدم برقم (٢٠) مسألة (٩٥٤).

فصل: ووطء الميتة يحتمل وجهين: أحدهما: ينشر الحرمة، لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع، **والثاني**: لا ينشرها، وهو قول أبى حنيفة والشافعى، لأنه ليس بسبب للبضعية(٣٠) ولأن التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة وفى وطء الصغيرة أيضًا وجهان: **أحدهما**: ينشرها وهو قول أبى يوسف لأنه وطء لآدمية حية فى القبل أشبه وطء الكبيرة، **والثانى**: لا ينشرها وهو قول أبى حنيفة، لأنه ليس بسبب للبضعية(٣٠) أشبه وطء الميتة.

فصل: فأما المباشرة فيما دون الفرج، فإن كانت لغير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف نعلمه، وإن كانت لشهوة وكانت فى أجنبية لم تنشر الحرمة أيضًا، قال الجوزجانى: سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته فى شهوة أو قبلها أو باشرها، فقال: أنا أقول لا يحرمه شىء من ذلك إلا الجماع، وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور، وإن كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها، قال ابن عباس: لا يحرم الربيبة إلا جماع أمها(٣١) وبه قال طاوس وعمرو بن دينار لأن الله تعالى قال: ﴿**فَإِن لَّمْ تَكُونُوا**

3- مسألة: (فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فعلى وجهين).

أحدهما: أن وطء الميتة ينشر الحرمة، لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع، **والثانى**: لا ينشرها وهو قول أبو حنيفة والشافعى، لأنه ليس بسبب للبضعية ولأن التحريم معلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع وأما الرضاع فيحرم ما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة، وفى وطء الصغيرة أيضًا وجهان: **أحدهما**: ينشر وهو قول أبى يوسف، لأنه وطء لآدمية حية فى القبل أشبه وطء الكبير **والثانى**: لا ينشرها وهو قول أبى حنيفة، لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة.

4- مسألة: (وإن باشر امرأة أو نظر إلى فرجها أو خلا بها لشهوة فعلى روايتين).

إذا باشر فيما دون الفرج لغير شهوة لم ينشر الحرمة بغير خلاف نعلمه وإن كان لشهوة وكان فى أجنبية لم ينشر الحرمة أيضًا، قال الجوزجانى: سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته من شهوة أو قبلها أو باشرها فقال: أنا أقول لا يحرم شىء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور، وإن كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته ومملوكته لم تحرم عليه ابنتها، قال ابن عباس: لا يحرم الربيبة إلا الجماع وبه قال طاوس وعمرو بن دينار، لأن الله تعالى قال: ﴿**فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**﴾ وهذا ليس

---

(٣٠) فى نسخة: لبَعضيَّة.

(٣١) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٩٣٧) بلفظ: رخص فى الربيبة إذا لم يكن دخل بأمها وكره الأم على كل حال.

دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبى المباشر لها وابنه فإنها فى النكاح تُحَرَّم بمجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر للمباشرة أثر، وأما الأمة: فمتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة؟ فيه روايتان: **إحداهما**: ينشرها، روى ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول النخعى والشعبى ومالك والأوزاعى وأبو حنيفة وعلى بن المدينى وهو أحد قولى الشافعى، لأنه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء فى الفرج ولأنه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطئ، **والثانية**: لا يثبت به التحريم، لأنها ملامسة لا توجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم يكن بشهوة، لأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص فى هذا ولا هو فى معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فإن الوطء يتعلق به من الأحكام استقرار المهر والإحصان والاغتسال والعدة وإفساد الإحرام والصيام بخلاف اللمس وذكر أصحابنا الروايتين فى جميع الصور من غير تفصيل وهذا الذى ذكرناه أقرب إلى الصواب إن شاء الله سبحانه.

فصل: ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فهو كلمسها لشهوة فيه أيضًا روايتان: إحداهما: ينشر الحرمة فى الموضع الذى ينشرها اللمس، روى عن عمر وابن عمر وعامر بن ربيعة وكان بدريًا وعبد الله بن عمرو فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يُقَبِّلها لا يحل لابنه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبى سليمان وأبى حنيفة لما روى عبد الله

بدخول فلا يترك النص الصريح من أجله، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبى الرجل المباشر لها وابنه فإنها فى النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ولا يظهر للمباشرة أثر، وأما الأمة فمتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة؟ فيه روايتان: **إحداهما**: ينشرها روى ذلك عن ابن عمر وابن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعى والشعبى ومالك والأوزاعى وأبو حنيفة وعلى بن المدينى وهو أحد قولى الشافعى، لأنه نوع استمتاع فيتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء، **والثانية**: لا يثبت بها التحريم لأنها ملامسة ولا توجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم تكن شهوة ولأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص فى هذا ولا هو فى معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فإن الوطء يتعلق به من الأحكام استقرار المهر والإحصان والاغتسال والعدة وإفساد الإحرام والصيام بخلاف اللمس، وذكر أصحابنا الروايتين فى جميع الصور من غير تفصيل، قال شيخنا: وهذا الذى ذكرنا أقرب للصواب إن شاء الله تعالى.

فصل: ومن نظر إلى فرج امرأة لشهوة فهو كلمسها لشهوة فيه أيضًا روايتان: إحداهما: ينشر الحرمة فى موضع ينشرها اللمس روى عن عمر وابن عمر وعامر بن زمعة وكان بدريًا وعبد الله بن عمرو فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لأبيه وطؤها وهو قول

ابن مسعود عن النبى ﷺ أنه قال: «من نظر إلى فرج امرأة لم تَحل له أمُّها وابنتها»(٣٢) وفى لفظ: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها»(٣٣) **والثانية**: لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعى وأكثر أهل العلم لقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ (النساء: ٢٤) ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه، والخبر ضعيف قاله الدارقطنى، وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء، وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة، وقال بعض أصحابنا: لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه فى أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضًا فى أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة لأن اللمس الذى هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغير شهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف فى اللمس والنظر فيمن بلغت سنًا يمكن الاستمتاع منها كابنة تسع فما زاد فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك، وقد روى عن أحمد فى بنت سبع إذا قبلها حرمت عليه أمها، قال القاضى: هذا عندى محمول على السن الذى توجد معه الشهوة.

القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبى سليمان وأبى حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبى ﷺ أنه قال: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها وبنتها - وفى رواية - لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» **والثانية**: لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعى وأكثر أهل العلم لقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه، والخبر ضعيف قال الدارقطنى: وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء، وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة، وقال بعض أصحابنا: لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة، والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه فى أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضًا فى أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضًا أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر الحرمة، لأن اللمس الذى هو أبلغ منه لا يؤثر إذا لم يكن لشهوة فالنظر أولى، وموضع الخلاف فى اللمس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فما زاد فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روى عن أحمد فى بنت سبع إذا قبلها حرمت أمها، قال القاضى: هذا عندى محمول على السن الذى توجد معه الشهوة.

---

(٣٢) أخرجه ابن أبى شيبة (٤/ ١٦٥) والبيهقى (٧/ ١٧٠) بلفظ: إذا نظر الرجل إلى فرج المرأة حرمت عليه أمها وابنتها، وقال رواه الحجاج بن أرطاة عن أبى هانئ أو أم هانئ عن النبى ﷺ وهذا منقطع ومجهول وضعيف، الحجاج بن أرطاة لا يحتج به فيما بسنده فكيف بما يرسله ممن لا يعرف.

(٣٣) تقدم برقم (٢٥).

فـصل: فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فحكمه فى التحريم حكم نظره إليها، نص عليه أحمد لأنه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع، وكذلك ينبغى أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا.

فصل: فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة، وقد روى عن أحمد إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها، قال القاضى: هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر فى تحريم الربيبة لما فى ذلك من مخالفة قوله سبحانه: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) وقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) وأما الخلوة بأجنبية أو أمته فلا تنشر تحريمًا لا نعلم فى ذلك خلافًا وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين، لأنه إذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى.

١١٥١- **مسألة:** قال: (وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع فى عقد واحد فَسَدَ، وإن

فـصل: فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فحكمه فى التحريم حكم نظره إليها، نص عليه أحمد لأنه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع وكذلك ينبغى أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا.

فـصل: والصحيح أن الخلوة بالمرأة لا تنشر الحرمة، وقد روى عن أحمد: إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها، قال القاضى: هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر فى تحريم الربيبة لما فى ذلك من مخالفة قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ وأما الخلوة بأجنبية أو أمته فلا ينشر تحريمًا لا نعلم فى ذلك خلافًا.

5- **مسألة:** (ومن يلوط بغلام حرم على كل واحد منهما أم الآخر وابنته).

قاله بعض أصحابنا، قال: ونص عليه أحمد وهو قول الأوزاعى، لأنه وطء فى الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ولأنها بنت من وطئه أو أمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى، وقال أبو الخطاب: يكون كالمباشرة فيما دون الفرج فيكون فيه الروايتان والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فإن هؤلاء غير منصوص عليهن فى التحريم فيدخل فى عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ ولأنهن غير منصوص عليهن ولا هو فى معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فإن المنصوص عليهن فى هذا حلائل الأبناء ومن نكحهن الآباء وأمهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا فى معناهن ولأن الوطء فى المرأة يكون سببًا للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشًا وتثبت أحكامًا لا يثبتها اللواط فلا يجوز إلحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلاً لم

تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته، والقول فيهما القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها).

وجـملة ذلك: أن الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خـالتها محرم فمن جمع بينهما فعقـد عليهما مـعًا لم يصح العقد في واحدة مـنهما لأنه لا يمكن تصحيـحه فيهـما ولا مزية لإحداهما على الأخرى فيبطل فيهـما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك وإن تزوجهما في عقدين فنكاح الأولى صحيح لأنه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لأن الجمع يحصل به فبـالعقد على الأولى تحرم الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه ويزول نكاحها وعدتها.

فصل: فإن تزوجهما في عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما معًا، قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتـهما تزوج أولاً: نفرق بينه وبينهـما وذلك لأن إحداهما محـرمة عليه ونكاحها باطل ولا تُعرف المحللة له فقد اشتبهتا عليه ونكاح إحداهما يصح ولا تتيقن بينونتها منه إلا بطلاقهما جـميعًا أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كـما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما وإن أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام: **أحدها**: أن لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على إحداهما في الحال بعد فراق الأخرى، **الثاني**: إذا دخل بإحداهما فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصبها بطلقة ثـم ترك المصابة حتى تنقـضي عدتها ثم نكحـها لأننا لا نأمن أن تكون هي الثانية فـيكون قد أصابها في نكاح فاسد، فلهـذا اعتبرنا انقضاء عدتـها ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال لأن النسب لاحق به ولا يصان ذلك عن مائه، وإن أحب نكاح

يثبت به حكم التحـريم فههنا أولى وإن قدر بينهما شـبه من وجه ضعيف فلا يجـوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بمثله.

فـصل: ويحرم على الرجل نكاح ابنتـه من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنتـه وبنت أخيه وأخته من الـزنا في قول عامة الفـقهاء، وقال مالك والشافعي في المـشهور من مذهبه: يجوز له، لأنها أجنبية منه ولا تنسـب إليه شرعًا ولا يجري التوارث بينهمـا ولا تعتق عليه إذا ملكها ولا يلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الأجانب.

ولنا: قولـه تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ وهذه بنته فإنها مـخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة، ومما يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال ابن أمية: «انظروه ـ يعني ولدها ـ فإن جاءت به على صفة كـذا فهو لشريك ابن سحماء» يعني الزاني، ولأنها مخلوقة من مائه فأشبهت المـخلوقة من وطء الشبهة ولأنها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح، وتخلف بعض الأحكام لا ينفي كونهـا بنتًا كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين إذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يطأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظهـا حتى تضع أو يشتـرك جماعـة في وطء امرأة فتـأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من

الأخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضى عدتها ثم تزوج أختها، **القسم الثالث**: إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضى عدتها من حين فرقتها وتنقضى عدة الأخرى من حين أصابها وإن ولدت منه إحداهما أو هما جميعًا فالنسب لاحق به لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وإن لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة.

فصل: فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلإحداهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه وإن لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها، وقال أبو بكر: اختيارى أن يسقط المهر إذا كان مجبرًا على الطلاق قبل الدخول وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فإن وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها، وإن وقعت على المصابة فلا شىء للأخرى وللمصابة المسمى جميعه، وإن أصابهما معًا فلإحداهما المسمى وللأخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه إن قلنا: إن الواجب فى النكاح الفاسد مهر المثل، وإن قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما.

فصل: قال أحمد: **إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضى عدة الثانية**، إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها فى الحال لم يجز له حتى تنقضى عدة الموطوءة كذلك لا يجوز الوطء لامرأته حتى تنقضى عدة أختها التى أصابها.

١١٥٢- مسألة: قال: **(وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية فى عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية).**

وجملة ذلك: أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معًا بأن يكون لرجل أخت وابنة عم

غيره؟ فإنه يحرم على جميعهم لوجهين: **أحدهما**: أنها بنت موطوءتهم، **الثانى**: أنا نعلم أنها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لأنها ابنة بعضهم غير معلوم فإن ألحقتها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين.

القسم الرابع: الملاعنة تحرم على الملاعن على التأبيد أما إذا لم يكذب نفسه فلا نعلم أحدًا قال بخلاف ذلك إلا قولاً شاذًا فإن كذب نفسه فالمشهور فى المذهب أنها باقية على التحريم المؤبد.

وعن أحمد رواية شاذة أنها تحل له وتعود فراشًا له إذا لم يكن وجد منه ما يثبتها لأنه رجع عن المعنى المحرم فزال التحريم ولذلك يحد ويلحقه نسب الولد وهذه الرواية شذ بها حنبل عن أصحابه وتفرد بها والعمل على الرواية الأولى وهذا يذكر فى باب اللعان مبسوطًا إن شاء الله تعالى.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(الضرب الثانى: المحرمات إلى أمد وهن نوعان):**

أحدهما: المحرمات لأجل الجمع فيحرم الجمع بين الأختين سواء كانتا من نسب أو

إحداهما رضيعة المتزوج فيقول له: زوجتكهما معًا، فيقبل ذلك، فالمنصوص هنا صحة نكاح الأجنبيـة، ونص فيمن تزوج حـرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحـرة ويفارق الأمة، وقيل فـيه روايتان: **إحداهـما**: يفسد فيهما وهو أحد قولى الشافعى واختيار أبى بكر، لأنها لفظة واحدة جمعت حلالاً وحرامًا فلم تصح كما لو جمع بين أختين، **والثانية**: يصح فى الحرة وهى أظهر الروايتين وهذا قول مالك والثـورى وأصحاب الرأى لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليـها عقد صادر عن أهله لم يجتمع معها فيه مثلهـا فصح كما لو انفردت به، وفارق العقد على الأختين لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى، وهـهنا قد تعـينت التى بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقـسط مهر مثلها منه، وفيه وجه آخـر: أن لها نصف المسمى، وأصل هذين الوجهـين إذا تزوج امرأتين يجـوز له نكاحهـما بمهر واحـد هل يكون بينهمـا على قدر صداقهما أو نصفين؟ على وجهين يأتى ذكرهما إن شاء الله.

فـصل: ولو تزوج يهودية ومجوسية ومحللة أو محرمـة فى عقد واحد فسد فى المجوسية والمـحرمـة وفى الأخـرى وجهـان، وإن نكح أربع حـرائر وأمة فسـد فى الأمة وفى الـحرائر وجهان، وإن نكح العـبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع، وإن تزوج امـرأة وابنتها فسد فـيهما لأن الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالأختين.

رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء فى هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم قوله تعالى: ﴿**وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ**﴾.

6- مـسألة: (ويحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها).

قال ابن المنذر: أجـمع أهل العلم على القول به وليـس بحمد الله اخـتلاف إلا أن بعض أهل البدع مـمن لا تعد مخالفـته خلافًا وهم الرافـضة والخوارج لم يحرمـوا ذلك ولـم يقولوا بالسنة الثابتـة عن رسول الله ﷺ وهى ما روى أبو هريرة قـال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجمعوا بين المرأة وعمتـها، ولا بين المرأة وخالتها»[7] متـفق عليه، وفى رواية أبى داود «لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها، لا تنكح الكبرى على الصـغرى ولا الصغرى على الكبرى»[8] ولأن العلة فى تحـريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم، فإن احتجوا بعموم قوله سبحانه: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ**﴾ (النسـاء: ٢٤) خصصناه بما رويناه وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيـا عمر بن عبد العـزيز فكان مما أنكرا عليه رجم الزانيـين والجمع بين المرأة وعمـتها وبينها وبين خـالتها، وقالا: ليس هذا فى كـتاب الله تعالى، فقـال لهما: كم فرض الله عـليكم من الصلاة؟ قـالا: خمس صلوات فى اليـوم والليلة، وسـألهما عـن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك، وسألهما عن مقدر الزكاة ونصبها فأخبراه، فقال: وأين تجدان ذلك فى

---

(7) تقدم برقم (٢) وفى أول الباب.

(8) تقدم برقم (٢١ مسألة رقم ١١٤٧).

١١٥٣- **مسألة:** قال: **(وإذا اشترى أختين فأصاب إحداهما لم يصب الأخرى حتى تُحَرِّمَ الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها لست بحامل، فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الأولى).**

الكلام في هذه المسألة في فصول ستة:

الفصل الأول: أنه يجوز الجمع بين الأختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينها وبين عمتها وخالتها، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها: لأن الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة.

كتاب الله؟ قالا: لا نجده في كتاب الله، قال: فمن أين صرتما؟ فقالا: فعله رسوله ﷺ والمسلمون بعده، قال: فكذلك هذا، ولا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازًا كعمات آبائها وخالاتهم، وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب كان ذلك أو رضاع وكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكرًا والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطع الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة من الضرائر، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولأن الأم إلى بنتها أقرب من الأختين فإذا لم يجمع بين الأختين فالمرأة وبنتها أولى.

فصل: ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم، لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ ولأن إحداهما تحل لها الأخرى لو كانت ذكرًا وفي كراهة ذلك روايتان: **إحداهما:** يكره، روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز، وروى أبو حفص بإسناد عن عيسى بن طلحة قال: نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على ذي قرابتها مخافة القطيعة ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة، **والأخرى:** لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنهما ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهة كسائر الأقارب.

7- **مسألة: (فإن جمع بينهما في عقد واحد لم يصح).**

إذا جمع بين الأختين في عقد واحد أو جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في عقد عليهما معًا لم يصح العقد في واحدة منهما لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لأحدهما على الأخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وكذا لو تزوج خمسًا في عقد واحد بطل في الجميع لذلك.

8- **مسألة: (وإن تزوجهما في عقدين أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى سواء كانت بائنًا أو رجعية فنكاح الثانية باطل، أما إذا تزوجهما في عقدين وعلم الأولى فنكاحه صحيح**

الفصل الثانى: أنه لا يجوز الجمع بين الأختين من إمائه فى الوطء، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلى وعمار وابن عمر وابن مسعود، وممن قال بتحريمه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة(٣٤) وجابر بن زيد وطاوس ومالك والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعى، وروى عن ابن عباس أنه قال: أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لأفعله، ويروى ذلك عن على أيضًا(٣٥) يريد بالمحرمة قوله: ﴿**وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ**﴾ (النساء: ٢٣) وبالمحللة قوله تعالى: ﴿**إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ**﴾ (المؤمنون: ٦).

وقد روى ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين أحرام هو؟ قال: لا أقول حرام ولكن ننهى عنه، وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم، وقال داود وأهل الظاهر: لا يحرم استدلالاً بالآية المحللة لأن حكم الحرائر فى الوطء مخالف لحكم الإماء، ولهذا تحرم الزيادة على أربع فى الحرائر وتباح فى الإماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية المحرمة فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعًا بدليل أن سائر المذكورات فى الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذه منهن، ولأنها امرأة صارت فراشًا فحرمت أختها كالزوجة.

لأنه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل، لأن الجمع يحصل به وبالعقد على الأولى تحرم الثانية فلا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى وتنقضى عدتها).

فصل: (فإن لم يعلم أولاهما فعليه فرقتهما معًا).

قال أحمد فى رجل تزوج أختين لا يدرى أيتهما تزوج أولاً: يفرق بينه وبينهما لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا يعرف المحللة له فقد اشتبها عليه ونكاح إحداهما صحيح ولا تتيقن بينونتها منه لا بطلاقهما جميعًا أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما، وإن أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغيرها ولا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على إحداهما فى الحال بعد فراق الأخرى.

الثانى: إذا دخل بإحداهما فإن أراد نكاحها فارق التى لم يصبها بطلقة ثم درك المصابة حتى تنقضى عدتها ثم نكحها لأنا لا نأمن أن تكون هى الثانية فيكون قد أصابها فى نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ويحتمل جواز العقد عليها فى الحال، لأن النسب لاحق به

---

(٣٤) عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلى ويكنى بأبى عبد الله، وهو حليف بنى زهرة بن كلاب وكان ثقة فقيهًا، وهو أحد الفقهاء السبعة ومن أكابرهم، وهو مع ذلك شاعر فصيح، مات بالمدينة فى سنة ثمان وتسعين، وقيل فى سنة تسع، وكان الزهرى يسميه بحرًا (المنتظم ٧/ ٢٩).

(٣٥) أخرجه البيهقى فى «السنن» (٧/ ١٦٤) وسعيد بن منصور (١/ ١٧٣٥).

الفصل الثالث: أنه إذا كان فى ملكه أختان فله وطء إحداهما فى قول أكثر أهل العلم، وقال الحكم وحماد: لا يقرب واحدة منهما، وروى ذلك عن النخعى وذكره أبو الخطاب مذهبًا لأحمد.

ولنا: أنه ليس يجمع بينهما فى الفراش فلم يحرم كما لو كان فى ملكه إحداهما فقط.

الفصل الرابع: أنه إذا وطئ إحداهما فليس له وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج، هذا قول على وابن عمر والحسن والأوزاعى وإسحاق والشافعى، فإن رهنها لم تحل له أختها لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريهما ولهذا يحل له بإذن المرتهن فى وطئها ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه، وقال قتادة: إن استبرأها حلت له أختها لأنه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبه ما لو زوجها.

ولنا: قول على وابن عمر ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فأشبه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء، ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا يأمن عوده إليها فيكون ذلك ذريعة إلى الجمع بينهما، وإن حرم إحداهما على نفسه لم تبح الأخرى، لأن هذا لا يحرمها إنما هو يمين يُكَفَّر ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض متى شاء أزاله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس

فلا يصان ذلك عن مُائه فإن أحب نكاح الأخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تقضى عدتها ثم تزوج أختها.

القسم الثالث: إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضى عدتها من حين فارقها وتنقضى عدة الأخرى من حين أصابها، وإن ولدت إحداهما أو هما جميعًا فالنسب لأخوته لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وإن لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة.

فصل: فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلإحداهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه فإن لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها، وقال أبو بكر: اختيارى أن يسقط المهر إذا كان مجبرًا على الطلاق قبل الدخول فإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فإن وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وإن وقعت على المصابة فلا شيء للأخرى وللمصابة المسمى جميعه وإن أصابهما فلإحداهما المسمى وللأخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه إن قلنا الواجب فى النكاح الفاسد مهر المثل وإن قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما.

فصل: قال أحمد: إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضى عدة الثانية، إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها فى الحال لم يجز له حتى تنقضى عدة الموطوءة فلذلك لا يجوز له وطء امرأته حتى تنقضى عدة أختها التى أصابها.

والإحرام والصيام، وإن كاتب إحداهما فظاهر كلام الخرقى أنه لا تحل له الأخرى، وقال أصحاب الشافعى: تحل له الأخرى، لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبه التزويج.

ولنا: أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما فلم تبح له أختها كالمرهونة.

الفصل الخامس: أنه إذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرئ المخرجة، ويعلم براءتها من الحمل، ومتى كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها، لأنه يكون جامعًا ماءه فى رحم أختين بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها.

فصل: فإن وطئ أمتيه الأختين معًا فوطء الثانية محرم ولا حد فيه، ولأن وطأه فى ملكه ولأنها مختلف فى حكمها وله سبيل إلى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له، ولا يحل له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى ويستبرئها وقال القاضى وأصحاب الشافعى: الأولى باقية على الحل لأن الوطء الحرام لا يحرم الحلال إلا أن القاضى قال: لا يطؤها حتى يستبرئ الثانية.

ولنا: أن الثانية قد صارت فراشًا له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء، وقولهم: إن الحرام لا يحرم الحلال، ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطئ الأولى فى حيض أو نفاس أو إحرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد،

9- **مسألة:** (**وإن اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها صح**).

لأن الشراء يراد للاستمتاع ولغيره وكذلك صح شراء من لا تحل له كالمجوسية وأخته من الرضاع ولا يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضى عدتها لئلا يكون جامعًا بينهما فى الفراش أو جامعًا ماءه فى رحم أختين وذلك لا يحل لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه فى رحم أختين»(9).

10- **مسألة:** (**وإن اشتراهن فى عقد واحد صح لما ذكرنا**).

ولا نعلم خلافًا فى ذلك، ولو اشترى جارية ووطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها وقد ذكرناه، كما لا يحل له شراء المعتدة والمزوجة مع أنها لا تحل له.

11- **مسألة:** (**وله وطء إحداهما لأن الأخرى لم تصر فراشًا**).

وهذا قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد: لا يقرب واحدة منهما، وروى ذلك عن النخعى وذكره أبو الخطاب مذهبًا لأحمد.

ولنا: أنه لم يجمع بينهما فى الفراش فلم يجز كما لو كان فى ملكه إحداهما وحدها.

فصل: وليس له الجمع بين الأختين من إمائه فى الوطء نص عليه أحمد فى رواية

---

(9) ذكره الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ١٦٨) وقال: هذا حديث غريب وفى التلخيص (٣/ ١٩٠) وقال: لا أصل له.

وكذلك لو وطئ امرأة بشبهة فى هذا الحال ولو وطئ امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حرامًا أو حلالاً.

الفصل السادس: أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى تُحرَّم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج، نص عليه أحمد، وقال أصحاب الشافعى: لا يحرم عليه واحدة منهما لأن الأولى لم تبق فراشًا فأشبه ما لو وطئ أمة ثم اشترى أختها.

ولنا: أن هذه صارت فراشًا وقد رجعت إليه التى كانت فراشًا فحرمت عليه كل واحدة منهما تكون أختها فراشًا كما لو انفردت به فأما إن استفرش أمة واشترى أختها، فإن المشتراة لم تكن فراشًا له بل هى محرمة عليه بافتراش أختها، ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختها فهى حلال له وأختها محرمة عليه لأن أختها فراشه.

الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلى وعمار وابن عمر وابن مسعود، وممن قال بتحريمه عبد الله ابن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وروى عن ابن عباس أنه قال: أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لأفعله وروى ذلك عن على أيضًا يريد بالمحرمة قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ (النساء: ٢٣) وبالمحللة قوله تعالى: ﴿إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ (المؤمنون: ٦) وروى ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين أحرام هو؟ قال: لا أقول حرام ولكن ينهى عنه، وظاهر هذا أنه مكروه وغير محرم، وقال داود وأهل الظاهر: لا يحرم استدلالاً بالآية المحللة، لأن حكم الحرائر فى الوطء مخالف لحكم الإماء، ولهذا تحرم الزيادة على أربع فى الحرائر وتباح فى الإماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية المحرمة فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعًا، بدليل أن سائر المذكورات فى الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن، وهذا منهن ولأنها امرأة صارت فراشًا فحرمت أختها كالزوجة.

12- مسألة: (وإن وطئ إحداهما فليس له وطء الأخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج).

هذا قول على وابن عمر والحسن والأوزاعى وإسحاق والشافعى فإن رهنها لم تحل له أختها لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها، ولهذا يحل له بإذن المرتهن فيه ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه، وقال قتادة: إن استبرأها حلت له أختها لأنه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى ما لو زوجها.

ولنا: قول على وابن عمر، ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا أحلها له فأشبه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء، ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا بأس من عوده إليها فيكون ذريعة إلى الجمع بينهما، وإن حرم إحداهما فظاهر كلام الخرقى أنه لا تحل له الأخرى، وهو

فـصل: وحكم المباشرة من الإماء فيما دون الفـرج، والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم الأخت كحكمه فى تحريم الربيبة، والصحيح أنه لا يحرم، لأن الحل ثابت بقوله:

مقتضى كلام شيخنا فى الكتاب المشروح، وقال أصحاب الشـافعى: تحل له الأخرى، لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبه التزويج.

ولنا: أنه نشأ من إباحتها بما لا يقف على غيرهما.

فـصل: وإذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرئ المخرجة وتعلم براءتها من الحمل، فإن كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها، لأنه يكون جامعًا فى رحم أختين فهو بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها.

13- **مسألة: (فإن عادت إلى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الأخرى).**

متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداهمـا حتى يحـرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج، نـص عليه أحمـد، وقال أصحاب الشافـعى: لا تحرم عليه واحدة منهما، لأن الأولى لم تبق فراشًا فـأشبه ما لو وطئ أمة ثم اشترى أختها.

ولنا: أن هذه صارت فراشًا وقـد رجعت إليه التى كانت فراشًا فحـرمت كل واحدة منهما بكون أختها فراشًا، كما لو انفردت به، أما إذا وطئ أمة ثم اشترى أختها فإن المشتراة لم تكن فراشًا له لكن هى محرمـة عليه باستفراش أختها ولو أخـرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختهـا فهى حلال وأختها محـرمة عليه، لأن أختها فراشـه، وقد روى عن أحمد أن الجمع بين الأختـين فى الوطء بملك اليمين لا يحرم بل ينهى عنه فـيكون مكروهًا وقد ذكرناه والمذهب أن ذلك حرام والله أعلم.

فصل: فإن وطئ أمتيه الاثنتين معًا فوطء الثانية محرم ولا حد فيه، لأنها ملكه، ولأن فى حلها اختلاف وله السبيل إلى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء واحدة حتى يحـرم الأخرى ويستبرئها، وقـال القاضى وأصحاب الشافـعى: الأولى باقية على الحل، لأن الوطء الحرام لا يحرم الحلال إلا أن القاضى قال: لا يطؤها حتى يستبرئ الثانية.

ولنا: أن الثانية قد صارت فراشًا له يلحقه نسب ولدها فـحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء، وقولهـم: إن الحرام لا يحرم الحلال، ليس بخـبر صحيح، وهو متـروك بما لو وطئ الأولى فى حيض أو نـفاس أو إحرام فـإن أختهـا تحرم عليـه ويحرم عليه أمـها وابنتـها على التأبيـد، وكذلك لو وطئ بشـبهة فى هذه الحـال، ولو وطئ امرأته حرمـت عليه ابنتهـا سواء وطئها حرامًا أو حلالاً.

فـصل: وحكم المباشرة من الإمـاء فيما دون الفرج والنظر إلى الفرج لشهـوة فيما يرجع إلى تحـريم الأخت كحكمـه فى تحريم الربيبة، والصحـيح أنها لا تحـرم، ولأن الحل ثابت

﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: ٣) ومخالفة ذلك إنما ثبتت بقوله ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ (النساء: ٢٣) والمراد به الجمع فى العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا ما فى معناهما.

فصل: وإن وطئ أمته ثم أراد نكاح أختها، فقد سئل أحمد عن هذا فقال: **لا يجمع بين الأختين الأمتين**، فيحتمل أنه أراد أن النكاح لا يصح وهى إحدى الروايات عن مالك، قال القاضى: هو ظاهر كلام أحمد لأن النكاح تصيـر به المرأة فراشًا، فلم يجز أن ترد على فراش الأخت كالوطء، ولأنه فعل فـى الأخت ما ينافى إباحة أختهـا المفترشـة، فلم يجز كالوطء، ويحتمل أن يصح النكاح، ولا تباح المنكوحة حتى تحرم أخـتها وهو مذهب أبى حنيفة، قال أبو الخطاب: وهو ظاهر كـلام أحـمد لأنه سـبب يستبـاح به الوطء فجـاز أن يرد على وطء الأخت، ولا يبيح كالشـراء، وقال الشافعى: يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحـرم أختها، لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليـمين فإذا اجتـمعا وجب تقديم الأقـوى، ووجه الأول ما ذكرنا، ولأن وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع فمنع صحة نكاحها كالزوجية ويفارق الشراء فـإنه لا يقصـد به الوطء ولهذا صح شـراء الأختين ومن لا يحل له، وقـولهم: النكاح أقوى، من الوطء بملك اليمين، ممنوع، وإن سلم فالوطء أسـبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما ينافـيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الأخت وكذلك وطء الأمة يحرم نكاح ابـنتها وأمها، ولأن هذا بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها لكونه لم يستبرئ الموطوءة.

فـصل: فإن زوّج الأمة الموطوءة أو أخرجها عن ملكـه فله نكاح أختها، فإن عادت الأمة

بقوله تـعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النسـاء: ٣) ومخالفة ذلك إنمـا تثبت بقوله: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ (النساء: ٢٣) والمراد به الجمع فى العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا فى معناهما.

14- **مسألة: (وإن وطئ أمته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبى بكر)**.

وقد سئل أحمد عن هذا فقال: لا يجمع بين الأخـتين الأمتين فيحتمل أنه أراد أن النكاح لا يصح وهو إحدى الروايات عن مالك، قال القاضى: هو ظاهر كلام أحمد لأن النكاح تصير به المرأة فراشـًا فلم يجز أن ترد على فراش الأخت كالوطء، ولأنه فـعل فى الأخت ما ينافى إباحة أختـها فلم يجز كالوطء، وظاهر كلام أحمـد أنه يصح، ذكره أبو الخطاب، ولا يطؤها حتى يحرم الموطوءة وهـو مذهب أبى حنيفة، لأنه سبب يستبـاح به الوطء فجاز أن يرد على وطء ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعـى: يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم أختها، لأن النكاح أقوى من الوطء بمـلك اليمين، فإذا اجـتمعـا وجب تقديم الأقوى، ووجـه الأولى ما ذكرناه، ولأن وطء مـملوكته يحرم أخـتها لعلة الجمع فـمنع صحة النكاح كالزوجـة، ويفارق الشراء فإنه لا ينحـصر فى الوطء ولهذا صح شراء الأختـين ومن لا تحل له، وقولهم: النكاح أقوى من الوطء، مـمنوع وإن سلم فالوطء أسبق فيـقدم ويمنع صحة مـا طرأ عليه مما ينـافيه

إلى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق، لأن النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الأمة، وعنه أنه ينبغى أن تحرم إحداهما لأن أمته التى كانت فراشًا قد عادت إليه والمنكوحة مستفرشة، فأشبه أمتيه التى وطئ إحداهما بعد تزويج الأخرى ثم طلق الزوج أختها، وإن تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لأن النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها فإن وطئ أمته حرمتا عليه حتى يستبرئ الأمة ثم تحل له زوجته دون أمته لأن النكاح أقوى وأسبق وإنما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعًا لمائه فى رحم أختين، ويحتمل أن يُحَرَّما عليه جميعًا حتى تحرَّم إحداهما كالأمتين.

١١٥٤- **مسألة:** قال: (**وعمة الأمة وخالتها فى ذلك كأختها**).

يعنى فى تحريم الجمع بينهما فى الوطء والتفصيل فيهما كالتفصيل فى الأختين على ما ذكرنا.

١١٥٥- **مسألة:** قال: (**ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها**).

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزًا لا بأس به، فعله عبد الله بن جعفر

كالعدة تمنع ابتداء نكاح الأخت وكذلك وطء الأمة يحرم نكاح ابنتها وأمها، ولأن هذا بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها لكونه لم يشتر الموطوءة فإن عادت إلى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الأخرى، إذا قلنا بصحة النكاح لأن الأولى عادت إلى الفراش فاجتمعا فيه فلم يستبح واحدة منهما قبل إخراج الأخرى عن الفراش.

فصل: فإن زوج الأمة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فإن عادت الأمة إلى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق، لأن النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل الأمة وعنه أنه ينبغى أن يحرم إحداهما، لأن أمته التى كانت فراشًا قد عادت إليه والمنكوحة مستفرشة فأشبه أمتيه اللتين وطئ إحداهما بعد تزويج الأخرى، ثم يطلق الزوج أختها فإن تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له، لأن النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها فإن وطئ أمتيه حرمتا عليه حتى يستبرئ الأمة ثم تحل له زوجته دون أمته، لأن النكاح أقوى وأسبق وإنما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعًا ماءه فى رحم أختين، ويحتمل أن تحرما عليه جميعًا حتى يحرم إحداهما كالأمتين، وحكم عمة المرأة وخالتها كأختها فى تحريم الجمع بينهما فى الوطء والتفصيل فيها كالتفصيل فى الأختين على ما ذكر.

15- **مسألة:** (**ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها**).

هذا قول أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وبينها فى النكاح، فعله عبد الله بن جعفر وعبد الله بن صفوان بن أمية وهو قول سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبى ليلى، فإنهم كرهوه، لأن إحداهما لو كانت ذكرًا حرمت عليه الأخرى فأشبه المرأة وعمتها.

وصفوان بن أمية، وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبى ليلى رويت عنهم كراهيته لأن إحداهما لو كانت ذكرًا حرمت عليه الأخرى، فأشبه المرأة وعمتها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الأجنبيتين، ولأن الجمع حرم خوفًا من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكروه.

فصل: ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر فى قول عامة الفقهاء، وحكى عن طاوس كراهيته إذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها، والأول أولى لعموم الآية والمعنى الذى ذكرناه فإنه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضى التحريم، وكونه أخًا لأختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم فبقى على الإباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدًا صار عمًا لولد ولديهما وخالاً.

فصل: وإن تزوج امرأة لم تُحرَّم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، متى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم، فإذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الأب وولد الأب عم ولد الابن، ويروى أن رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال: يا أمير المؤمنين: إنى تزوجت امرأة وزوجت ابنى بأمها فأخبرنا، فقال عبد الملك: إن أخبرتنى بقرابة

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبها الأجنبيتين، لأن الجمع حرم خوفًا من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين، وبهذا يفارق ما ذكروه.

فصل: ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر فى قول عامة الفقهاء وحكى عن طاوس كراهيته إذا كان ما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والأول أولى لعموم الآية، والمعنى الذى ذكرناه، فإنه ليس بينهما قرابة ولا سبب يقتضى التحريم وكونه أخًا لأختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم فيبقى على الإباحة لعموم الآية، ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدًا صار عمّا لولديهما وخالاً.

فصل: إذا تزوج امرأة لم تُحَرَّمْ أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، فمتى تزوج امرأة وزوج أباه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فإذا ولد لكل واحد ولد كان ولد الأب عم ولد الأم وولد الابن خال ولد الأب، ويروى أن رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال: يا أمير المؤمنين إنى تزوجت امرأة وزوجت ابنى أمها فأخبرنا، فقال عبد الملك: إن أخبرتنى بقرابة ولدك من ولد أبيك أخبرتك، فقال الرجل: يا أمير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذى وليته قائم كسيفك إن علم ذلك فلا تخبرنى، فقال العريان: أحدهما عم الآخر والآخر خاله.

ولدك من ولد ابنك أخبرتك، فقال الرجل: يا أمير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذى وليته قائم سيفك إن علم ذلك فلا تخبرنى، فقال العريان: أحدهما عم والآخر خاله.

فصل: وإذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها فإن وطء الأول يوجب عليه مهر مثلها، لأنه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لأنها صارت بالوطء حليلة ابنه أو أبيه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لأن الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شىء لزوجها على الواطئ لأنه لم يلزمه شىء يرجع به ولأن المرأة مشاركة فى إفساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شىء كما لو انفردت به، ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع، وينفسخ نكاح الواطئ أيضًا لأن امرأته صارت أمًا لموطوءته أو بنتًا لها، ولها نصف المسمى، فأما وطء الثانى فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فإن أشكل الأول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك.

فصل: إذا تزوج رجل امرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها فإن وطء الأول يوجب عليه مهر مثلها، لأنه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لأنها صارت بالوطء حليلة أبيه أو ابنه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها، لأن الفسخ من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شىء لزوجها على الواطئ، لأنه لا يلزمه شىء يرجع به، ولأن المرأة مشاركة فى إفساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شىء كما لو انفردت به ويحتمل أن يجب عليه لزوجها نصف مهر مثلها، لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع وينفسخ نكاح الواطئ أيضًا، لأن امرأته صارت أمّا للموطوءة أو بنتًا لها ولها نصف المسمى، فأما وطء الثانى فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فإن أشكل الأول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر، ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك.

16- مسألة: (ولا يحل للحر أن يجمع بين أكثر من أربع ولا للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين فإن طلق إحداهن لم يتزوج أخرى حتى تنقضى عدتها).

أجمع أهل العلم على أن الحر لا يحل له أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات لا نعلم أحدًا منهم خالف فى ذلك إلا شيئًا يحكى عن القاسم بن إبراهيم أنه أباح تسعًا لقول الله تعالى: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ (النساء: ٣) والواو للجمع، ولأن النبى ﷺ مات عن تسع، وهذا خرق للإجماع وترك للسنة، فإن النبى ﷺ قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة: «أمسك أربعًا وفارق سائرهن»[10] وقال نوفل بن معاوية: أسلمت وتحتى خمس

---

(10) أخرجه الترمذى (١١٢٨) وابن ماجه (١٩٥٢) والحاكم (٢/ ١٩٢) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٤٤) وإسناده صحيح.

١١٥٦- **مسألة:** قال: (**وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلائل للمسلمين**).

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف فى حل حرائر نساء أهل الكتاب، وممن روى عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم، قال ابن المنذر: ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك، وروى الخلال بإسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبدى تزوجوا نساء من أهل الكتاب[٣٦] وبه قال سائر أهل العلم، وحرمته الإمامية تمسكًا بقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ**﴾ (البقرة: ٢٢١) ﴿**وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ**﴾ (الممتحنة: ١٠).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ**﴾ إلى قوله: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ (المائدة: ٥) وإجماع الصحابة: فأما قوله سبحانه: ﴿**وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ**﴾ فروى عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التى فى سورة المائدة، وكذلك ينبغى أن يكون ذلك فى الآية الأخرى لأنهما متقدمتان والآية التى فى آخر المائدة متأخرة عنهما وقال آخرون ليس هذا نسخًا فإن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه: ﴿**لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ**﴾ (البينة: ١) وقال: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ**﴾ (البينة: ٦) وقال: ﴿**لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِّلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا**﴾ (المائدة: ٨٢) وقال: ﴿**مَّا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ**

نسوة، فقال لى النبى ﷺ: «فارق واحدة منهن»[اا] رواهما الشافعى فى مسنده، وإذا منع من استدامة زيادة على أربع فالابتداء أولى، والآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال: ﴿**أُولِي أَجْنِحَةٍ مَّثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ**﴾ (فاطر: ١) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى، ومن قال غير ذلك فقد جهل اللغة العربية، وأما النبى ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أكثر من تسع.

فصل: وليس للعبد أن يزيد على اثنتين، ولا خلاف فى جواز الجمع بين اثنتين له، واختلفوا فى إباحة الأربع له، فمذهب أحمد أنه لا يباح له إلا ثنتان، وهذا قول عمر بن الخطاب وعلى وعبد الرحمن بن عوف ﷺ، وبه قال عطاء والحسن والشعبى وقتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود: له نكاح أربع لعموم الآية، ولأن هذا طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد فيه الحر كالمأكول.

ولنا: أنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعًا،

---

(٣٦) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (٦/ ٧٨، ٧٩) وابن أبى شيبة فى المصنف (٤/ ١٥٨) وسعيد بن منصور فى السنن (١/ ٧١٦) والبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ١٧٢).

(اا) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨٤) وضعفه شيخنا الألبانى فى «الإرواء».

الْكِتَابِ وَلا الْمُشْرِكِينَ﴾ (البقرة: ١٠٥) وسائر آى القرآن يفصل بينهما، فدل على أن لفظة «المشركين» بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب، وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة، ولأن ما احتجوا به عام فى كل كافرة وآتينا خاصة فى حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه إذا ثبت هذا: فالأولى أن لا يتزوج كتابية لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب «طلقوهن، فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر: طلقها، قال: تشهد أنها حرام؟ قال: هى خمرة(٣٧) طلقها، قال تشهد أنها حرام؟ قال: هى خمرة(٣٧) قال: قد علمت أنها خمرة(٣٧) ولكنها لى حلال(٣٨)، فلما كان بعد طلقها، فقيل له ألا طلقتها حين أمرك عمر؟ قال: كرهت أن يرى الناس أنى ركبت أمراً لا ينبغى لى» ولأنه ربما مال إليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها.

فصل: وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والإنجيل، قال الله تعالى: ﴿أَن تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَىٰ طَائِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ (الأنعام: ١٥٦) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الإنجيل النصارى ومن وافقهم فى أصل دينهم من الإفرنج والأرمن وغيرهم، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروى عن أحمد أنهم جنس من النصارى، ونص عليه الشافعى وعلق القول فيهم فى موضع آخر، وعن أحمد أنه قال: بلغنى أنهم يسبتون فهؤلاء إذاً يشبهون اليهود، والصحيح فيهم أنهم كانوا يوافقون النصارى أو اليهود فى أصل دينهم

وقد روى ليث ابن أبى سليم عن الحكم بن عتيبة قال: أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين، ويقوى هذا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر سأل الناس كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: ثنتين وطلاقه ثنتين، فدل هذا على أن ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر، وهذا محض عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار وهو قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ ويفارق النكاحُ المأكولَ فإنه مبنى على التفضيل، ولهذا فارق النبى ﷺ فيه أمته، ولأن فيه ملكًا والعبد ينقص فى الملك عن الحر.

فصل: إذا تزوج الرجل امرأة حرمت عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أختها، وكذلك إذا تزوج الحر أربعًا حرمت الخامسة تحريم جمع، وإن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقًا رجعيًا فالتحريم باق بحاله فى قولهم جميعًا وإن كان الطلاق بائنًا أو فسخًا فكذلك حتى تنقضى عدتها، يروى ذلك عن على وابن عباس وزيد بن ثابت، وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعى والثورى وأصحاب الرأى، وقال القاسم بن محمد وعروة ابن أبى ليلى ومالك والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا فى

(٣٧) فى نسخة: جمرة.

(٣٨) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ٧٨/ ١٠٠٥٧) والبيهقى فى السنن الكبرى بنحوه (٧/ ١٧٢).

ويخالفونهم فى فروعه فهم ممن وافقوه، وإن خالفوهم فى أصل الدين فليس هم منهم والله أعلم، وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم، وهذا قول الشافعى وذكر القاضى فيهم وجهًا آخر أنهم من أهل الكتاب ويحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله، فأشبهوا اليهود والنصارى.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿أَن تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَىٰ طَائِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ (الأنعام: ١٥٦) ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالاً لا أحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام.

فصل: وليس للمجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم، نص عليه أحمد وهو قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبى ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»(٣٩) ولأنه يروى أن حذيفة «تزوج مجوسية» ولأنهم يقرون بالجزية، فأشبهوا اليهود والنصارى.

تحريم، وروى ذلك عن ثابت، لأن المحرم الجمع بينهما فى النكاح بدليل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ أى نكاحهن، وقال ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ (النساء: ٢٣) معطوفًا عليه، والبائن ليست فى نكاحه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول بها.

ولنا: قول على وابن عباس وروى عن عبيدة السلمانى أنه ما أجمعت الصحابة على شىء كإجماعهم على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح المرأة فى عدة أختها، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه فى رحم أختين»(12) وروى عن أبى الزناد قال: كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك كثير من الفقهاء وليس كلهم عابه، قال سعيد بن منصور: إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأى شىء يبقى؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعيًا وفارق المطلقة قبل الدخول بها.

---

(٣٩) أخرجه مالك فى «موطئه» (١/ ٢٧٨/ ٤٢) ومن طريقه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٩/ ١٨٩) عن جعفر بن محمد بن على عن أبيه أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس، فقال: ما أدرى كيف أصنع فى أمرهم، فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول... فذكره، وابن أبى شيبة فى المصنف (٢/ ٢٢٧) وهذا حديث منقطع، محمد بن على بن الحسين لم يدرك عمر، وذكره الهيثمى فى «المجمع» (٦/ ١٣) من حديث السائب بن يزيد «بلفظ» أن سنوا بالمجوس سنة أهل اللبن، وقال الهيثمى: رواه الطبرانى وفيه من لم أعرفهم، وذكره القرطبى فى تفسيره (٨/ ١٠٥) وذكره ابن كثير فى تفسيره (٣/ ٣٧) وقال: ولكن لم يثبت بهذا اللفظ.

(12) تقدم برقم (9).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾ (البقرة: ٢٢١) وقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: ١٠) فرخص من ذلك فى أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتابًا، وسئل أحمد أيصح عن على أن للمجوس كتابًا؟ فقال: هذا باطل واستعظمه جدًا ولو ثبت أن لهم كتابًا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبى ﷺ فى حقن دمائم وإقرارهم بالجزية لا غير، وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك فى تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فإننا إذا غلبنا الشبهة فى التحريم فتغليب الدليل الذى عارضته الشبهة فى التحريم أولى ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول «تزوج يهودية» وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية، وقال ابن سيرين: كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء وأما إقرارهم بالجزية فلأننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم فى ذبائحهم ونسائهم.

فصل: وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار

فصل: ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو غيره، لم يكره له أن يتزوج أحدًا ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضى عدتها سواء قلنا تتعجل الفرقة أو لم نقل، فإن أسلمت زوجته فتزوج أختها فى عدتها ثم أسلما اختار منهما واحدة كما لو تزوجهما معًا، وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانت وثبت نكاح الثانية.

فصل: إذا أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضى استبراؤها، نص عليه أحمد فى أم الولد، وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: يجوز لأنها ليست بزوجة ولا فى عدة من نكاح.

ولنا: أنها معتدة منه لم يجز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة، ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه فى رحمها فيكون داخلاً فى عموم من جمع ماءه فى رحم أختين ولا يمنع من نكاح أربع سواها ومنعه زفر وهو غلط لأن ذلك جائز قبل إعتاقها فبعده أولى.

فصل: ولا يمنع من نكاح أمة فى عدة حرة بائن، ومنعه أبو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها فى صلب نكاحها.

ولنا: أنه عادم للطول خائف للعنت فأبيح له نكاحها لقوله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء: ٢٥) الآية، ولا يسلم أنه لا يجوز فى طلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان.

والشجر والحيوان فلا خـلاف بين أهل العلم فى تحريم نسائهم وذبائحهم، وذلك لمـا ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما، والمرتدة يحرم نكاحها على أى دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذى انتقلت إليه فى إقرارها عليه ففى حلها أولى.

١١٥٧- **مسألة:** قال: (**وإذا كان أحد أبوى الكافرة كتابيّا والآخر وثنيّا لم ينكحها مسلم**).

وجملته: أنه إذا كان أحد أبوى الكتابية غير كتابى لم يحل نكاحها سواء كان وثنيّا أو مجوسيّا أو مرتدّا، وبهذا قال الشافعى فيما إذا كان الأب غير كتابى لأن الولد ينسب إلى أبيه ويَشْرُف بشرفه وينسب إلى قبيلته، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان.

ولنا: أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم يجز للمسلم نكاحها كما لو كان أبوها وثنيّا، ولأنها مولودة بين من يحل وبين من لا يحل فلم يحل كالسِّمْع(٤٠) والبغل ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها فى عموم الآية المبيحة ولأنها كتابية تقر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك، لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيّا فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى، والاحتمال الذى ذكرناه ثم تتحقق ههنا اعتبارًا بحال نفسها دون أبويها.

فصل: وإن زنى بامرأة فليس له أن يتزوج أختها حتى تنقضى عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة حكم العدة من النكاح على ما نذكره إن شاء الله تعالى، فإن زنى بأخت امرأته قال أحمد: يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيضات، وعنه حيضة ويحتمل أن لا تحرم بذلك أختها ولا أربع سواها لأنها ليست منكوحة، ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء فى ملك اليمين فإنه لا يمنع أربعًا سواها.

فصل: إذا ادعى رجل أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته أبيح له نكاح أختها وأربع سواها فى الظاهر وأما فى الباطن فيبنى على صدقه فى ذلك لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق فى نفى نفقتها وسكناها، وتعين النسب لأنه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعى وغيره، وقال زفر: لا يصدق فى شىء لأنه قول واحد لا يصدق فى بعض حكمه فلا يصدق فى البعض الآخر قياسًا للبعض على البعض وذلك لأنه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقًا وكذبًا.

ولنا: أنه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقًا له لا ضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق فى أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبدًا ثم أقر أن البائع كان أعتقه صُدق فى حريته ولم يُصدق فى الرجوع بثمنه، وكذلك لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق فى بينونتها وتحريمُها عليه ولم يسقط مهرها إذا كذبته.

---

(٤٠) السِّمع: ولد الذئب من الضبع.

١١٥٨- **مسألة:** قال: (**وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب أجبرت على الإسلام فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها**).

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة: **الأول:** أن الكتابى إذا انتقل إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه، لا نعلم فى هذا خلافًا فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها مما يستحسنه فالأصلى منهم لا يقر على دينه فالمنتقل إليه أولى، وإن انتقل إل المجوسية لم يقر أيضًا لأنه انتقل إلى أنقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد، فأما إن انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودى يتنصر أو النصرانى يتهود ففيه روايتان: **إحداهما:** لا يقر أيضًا، لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد، **والثانية:** يقر عليه نص عليه أحمد، وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار الخلال وصاحبه وقول أبى حنيفة، لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب، فأشبه غير المنتقل، وللشافعى قولان كالروايتين، فأما المجوسى إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين، وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»(٤١) ولعموم المعنى الذى ذكرناه فيهما جميعًا.

الفصل الثانى: أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام، نص عليه

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **النوع الثانى: محرمات لعارض يزول فيحرم عليه نكاح زوجة غيره بغير خلاف** لقول الله تعالى: ﴿**وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ**﴾ (البقرة: ٢٣٥) وتحرم المستبرئة منه لذلك ولأن تزويجها يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وسواء فى ذلك المعتدة من وطء مباح أو محرم أو من غير وطء لأنه لا يؤمن أن تكون حاملاً، فلو أبحنا تزويجها لاختلط نسب المتزوج بنسب الواطئ الأول ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحل لذلك.

17- **مسألة:** (**وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضى عدتها**).

إذا زنت المرأة لا يحل نكاحها لمن لم يعلم ذلك إلا بشرطين **أحدهما:** انقضاء عدتها بوضع الحمل من الزنا ولا يحل نكاحها قبل الوضع، وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة، وقال فى الأخرى: يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعى لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل.

ولنا: قول النبى ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره»(13)

---

(٤١) أخرجه البخارى (٦/ ٣٠١٧/ فتح) مطولاً، وأبو داود (٤٠/ ٤٣٥١) والترمذى (٤/ ١٤٥٨) والنسائى (٧/ ح٤٠٧٠) وابن ماجه (٢/ ح٢٥٣٥) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٨٢، ٢٨٣، ٣٢٣) (٥/ ٢٣١).

(13) أخرجه أبو داود (٢١٥٨) والترمذى (١١٣١) وإسناده حسن.

أحمد، واختاره الخلال وصاحبه، وهو أحـد أقوال الشافعى، لأن غير الإسلام أديان باطلة قد أقر ببطلانهـا فلم يقر عليها كالـمرتد، وعن أحمد أنه لا يقبل إلا الإسـلام أو الدين الذى كان عليه، لأن دينه الأول قـد أقررناه عليه مرة ولم ينتـقل إلى خير منه فنقره عليـه إن رجع إليه، ولأنه منتقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فيقبل منه الرجوع إليه كالمرتد إذا رجع إلى الإسلام، وعن أحمـد رواية ثالثة أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشيـاء: الإسلام أو الرجوع إلى دينه الأول، أو دين يقر أهله علـيه لعموم قـوله تعالى: ﴿**حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ**﴾ (التوبة: ٢٩) وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر، ففيه الروايتان: **إحداهما:** لا يقبل منه إلا الإسلام، **والأخرى:** لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذى كان عليه.

الفصل الثالث: فى صفة إجباره على ترك ما انتقل إليه، وفيه روايتان: **إحداهما:** أنه يقتل إن لم يرجع رجلاً كان أو امـرأة لعموم قوله ﷺ: «من بدل دينه فـاقتلوه» ولأنه ذمى نقض العهد فأشبه ما لو نقضه بترك التزام الذمة وهل يستتاب؟ يحتمل وجهين: **أحدهـما:** يستتاب لأنه يسترجع عن دين باطل انتقل إليه فيستتاب كالمرتد، **والثانى:** لا يستتاب لأنه كافر أصلى أبيح قتله فـأشبه الحربى، فـعلى هذا إن بادر وأسلم أو رجع إلى ما يقر عليـه عصم دمه وإلا قتل.

والرواية الثـانيـة: عن أحمد قال: إذا دخل اليهـودى فى النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتـقل إليه، فقيل له أتقتله؟ قال: لا ولكن يضرب ويحـبس، قال: وإن كان نصرانيّا أو يهوديّا فدخل فى المـجوسية كان أغلظ، لأنه لا تؤكل ذبيحتـه ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتـى يرد إليهـا فقـيل له: تقتله إذا لم يرجـع؟ قال إنه لأهل ذلك وهذا نص فى أن الكتـابى المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس.

يعنى وطء الحامل، وقول النبى ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع»(14) حديث صحيح وهو عام وروى عن سعـيد بن المسيب أن رجلاً تزوج امـرأة فلما أصابها وجـدها حبلى فرفع ذلك إلى النبى ﷺ ففرق بينهما وجـعل لها الصداق وجلدها مائة(15) رواه سعـيد، ورأى النبى ﷺ امرأة على باب فسطاط فقال: لعله يريد أن يلم بها، قالوا: نعم، قال: «لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه قـبره كيف يستخدمـه وهو لا يحل له؟ أم كيف يورثه وهو لا يحل له؟» أخـرجه مـسلم(16) ولأنها حامل من غيـره فحرم عليه نكاحها كـسائر الحوامل وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم النكاح فيها لأنها فى الأصل لمعرفة براءة الرحم ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً فلم يصح نكاحـها كالموطوءة بشبهـة، وقال أبو حنيفة والشافعى: لا عـدة عليها لأنه وطء لا تصير به فراشًا أشبه وطء الصغير.

---

(14) أخرجه مسلم (٢/ ضياع/ ٣٣/ ٧٩ ١٠). (15) أخرجه سعيد بن منصور فى سننه (١/ ٦٩٣).
(16) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٦٥/ ١٤٤١).

الفصل الرابع: أن امرأة المسلم الذمية إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهى كالمرتدة لأن غير دين أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فمتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها فى الحال ولا مهر لها لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة فى إحدى الروايتين والأخرى ينفسخ فى الحال أيضًا.

١١٥٩- **مسألة:** قال: (**وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية**).

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين:

الفصل الأول: أن أمته الكتابية حلال له وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه لأن الأمة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسرى بها كالمجوسية.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ (المؤمنون: ٦) ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسرى بها كالمسلمة، فأما نكاحها فيحرم لأن فيه إرقاق ولده وإبقاءه مع كافرة بخلاف التسرى.

الفصل الثانى: أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين فى قول أكثر أهل العلم منهم مرة الهمدانى(٤٢) والزهرى وسعيد بن جبير والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة ومالك والشافعى، قال ابن عبد البر: على هذا جماعة فقهاء الأمصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافًا ولم يبلغنا

ولنا: ما ذكرناه وإذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى ولأن وطء الحامل لا يفضى إلى اشتباه النسب وغيرها يحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثانى فيفضى إلى اشتباه الأنساب فكان التحريم أولى، ولأنه وطء فى القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا يسلم وطء الصغير الذى يمكنه الوطء.

والشرط الثانى: أن تتوب من الزنا وبه قال قتادة وإسحاق وأبو عبيد، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: لا يشترط ذلك لما روى أن عمر ضرب رجلاً وامرأة فى الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل، وروى أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال: يجوز، أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز.

ولنا: قول الله عز وجل: ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ وهى قبل التوبة فى حكم الزنا فإذا تابت زال ذلك لقول النبى ﷺ: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له»(17) وقوله: «التوبة تمحو الحوبة»(18) وروى أن مرثد الغنوى دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى

---

(٤٢) مرة بن شراحيل الهمدانى الكوفى التابعى ويقال له مرة الطباق هو أيضًا مرة الحمد لعبادته وخيره وعلمه، مخضرم كبير الشأن، مات سنة نيف وثمانين رحمه الله بالكوفة (تهذيب السير/ ٢ ٤٠٢).

(17) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٤٢٥٠) وإسناده حسن.

(18) أخرجه أبو نعيم فى «الحلية» (١/ ٢٧٠) وإسناده ضعيف جداً.

إباحة ذلك إلا عن طاوس، ووجه قوله عموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) والآية الأخرى، روى أبو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثًا قبل أوطاس فأصابوا منهم سبايا وكأن ناسًا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل فى ذلك: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ قال: فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن(٤٣)، وعنه أن رسول الله ﷺ قال فى سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة»(٤٤) رواهما أبو داود وهو حديث صحيح، وهم عبدة أوثان، وهذا ظاهر فى إباحتهن

نفسها فلم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال له: أنكح عناق؟ فلم يجبه فنزل قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لا يَنكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لا يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ فدعاه رسول الله ﷺ فتلا عليه الآية وقال: «لا تنكحها» ولأنها لو كانت مقيمة على الزنا لا يأمن أن تلحق به ولدًا من غيره وتفسد فراشه، وأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابهما، وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له بمحل النزاع، إذا ثبت هذا فعدة الزانية كعدة المطلقة، لأنه استبراء لحرة أشبه عدة الموطوءة بشبهة، وحكى ابن أبى موسى عن أحمد أنها تستبرأ بحيضة، لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبه استبراء أم الولد إذا عتقت، وأما التوبة فهى الاستغفار والندم والإقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب، وروى عن ابن عمر أنه قيل له: كيف تعرف توبتها؟ قال: يريدها على ذلك فإن طاوعته فلم تتب وإن أبت فقد تابت، فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعًا له.

قال شيخنا: والصحيح الأول، فإنه لا ينبغى لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها، فإن طلبه منها إنما يكون فى خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية، ولو كان فى تعليمها القرآن فكيف فى مراودتها على الزنا؟ ثم لا يأمن إن أجابته إلى ذلك أن يعود إلى المعصية فلا يحل التعريض لمثل هذا، ولأن التوبة من سائر الذنوب فى حق سائر الناس بالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه فكذلك هذا.

فصل: وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزانى وغيره فى قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهرى والثورى والشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى، وقد روى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة

---

(٤٣) أخرجه مسلم (٢/ رضاع/ ٣٣/ ١٠٧٩) وأبو داود (٢/ ٢١٥٥) والنسائى (٦/ ح٣٣٣٣) والترمذى (٣/ ٦١٣٢) بنحوه.

(٤٤) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢١٥٧) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٢٩٥) والحاكم فى «مستدركه» (٢/ ١٩٥) والبيهقى فى السنن الكبرى (١/ ٤٤٩) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٦٢) (٣/ ٢٥٧) وإسناده صحيح.

ولأن الصحابة فى عصر النبى ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ولا نقل عن النبى ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن، وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبى نفلها إياه، وأخذ عمر وابنه من سبى هوازن وغيرهما من الصحابة، والحنفية أم محمد ابن الحنيفية من سبى بنى حنيفة، وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن، وهذا ظاهر فى إباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه، وقد أجبت عن حديث أبى سعيد بأجوبة، منها أنه يحتمل أنهن أسلمن كذلك.

وروى عن أحمد أنه سأله محمد بن الحكم قال: قلت لأبى عبد الله: هوازن أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال: لا أدرى كانوا أسلموا أو لا؟ وقال ابن عبد البر: إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ (البقرة: ٢٢١).

١١٦٠- **مسألة:** قال: (وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية).

لأن الله تعالى قال: ﴿مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء: ٢٥) هذا ظاهر مذهب أحمد رواه عنه جماعة وهو قول الحسن والزهرى ومكحول ومالك والشافعى والثورى والأوزاعى والليث وإسحاق، وروى ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد، وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة: يجوز للمسلم نكاحها، لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة.

أنها لا تحل للزانى بحال، قالوا: لا يزالا زانيين ما اجتمعا، لعموم الآية والخبر، فيحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح، لقول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ (النساء: ٢٤) ولأنها محللة لغير الزانى فحلت له كغيرها.

فصل: فإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم يفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده فى قول عامة أهل العلم منهم عطاء والنخعى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما وليس لها شىء، وكذلك روى عن الحسن، وروى عن على ﷺ أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل أن يدخل بها، واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحققه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبينها.

ولنا: أن دعوى الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح ينفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام فأشبهت السرقة، فأما اللعان فإنه يقتضى الفسخ بدون الزنى بدليل أنها إذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها، ولذلك أوجب النبى ﷺ الحد على من قذفها، والفسخ واقع، ولكن أحمد استحب للزوج مفارقة امرأته إذا زنت، وقال: لا أرى أن يمسك مثل هذه لأنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه، قال ابن المنذر: لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول

ونقل ذلك عن أحمد قال: لا بأس بتزويجها إلا أن الخلال رد هذه الرواية وقال: إنما توقف أحمد فيها ولم ينفذ له قول، ومذهبه أنها لا تحل، لقول الله تعالى: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء: ٢٥) فشرط فى إباحة نكاحهن الإيمان ولم يوجد، وتفارق المسلمة، لأنه لا يؤدى إلى استرقاق الكافر ولدها، لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة، والكافرة تكون ملكًا لكافر، ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها، ولأنه عقد اعتوره نقصان، نقص الكفر والملك، فإذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر، وعدم الكتاب لم يبح نكاحها، ولا فرق بين الحر والعبد فى تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه، حرم على العبد كالمجوسية.

١١٦١- **مسألة:** قال: (**ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا أن لا يجد طولاً لحرة مسلمة ويخاف العنت**).

الكلام فى هذه المسألة فى شيئين: **أحدهما**: أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت، وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم اختلافًا فيه، والأصل فيه قول الله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ (النساء: ٢٥) الآية، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى: ﴿وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ (النساء: ٢٥) **والثانى**: إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر، روى ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهرى وعمرو بن دينار، ومكحول ومالك والشافعى وإسحاق.

أحمد، ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض لما روى رويفع بن ثابت قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره»(19) يعنى إتيان الحبالى، ولأنها ربما تأتى بولد من الزنا فينسب إليه، والأولى أنه يكفى أن يستبرئ بحيضة واحدة، لأنها تكفى فى استبراء الإماء وفى أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو بإعتاقه فكفى ههنا، ولأن المقصود مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فاكتفى بها.

فصل: إذا علم الرجل من أمته الفجور فقال أحمد: لا يطؤها لعلها أن تلحق به ولدًا ليس منه، قال ابن مسعود: أكره أن أطأ أمتى وقد بغت، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفى بطنها ولد جنين لغيره، قال ابن عبد البر: هذا مجمع على تحريمه(20) وكان ابن عباس يرخص فى وطء الأمة الفاجرة، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء إذا لم يحصنها ويمنعها من الفجور، ومن أباحه أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين، والله أعلم.

18- **مسألة:** (**وتحرم مطلقته ثلاثًا حتى تنكح زوجًا غيره**).

لقول الله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (البقرة: ٢٣٠) بعد

---

(19) تقدم برقم (13). (20) سيأتى برقم (٩ - مسألة ١١٦٣).

وقال مجاهد: مما وسع الله على هذه الأمة نكاح الأمة، وإن كان موسرًا، وبه قال أبو حنيفة: إلا أن يكون تحته حرة، لأن القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الأخت والخامسة، وقال قتادة والثورى: إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة، وإن وجد الطول، لأن إباحتها لضرورة خوف العنت، وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الأمة فأشبه عادم الطول.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ (النساء: ٢٥) فشرط فى نكاحها عدم استطاعة الطول، فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم فى كفارة الظهار مع عدم استطاعة الإعتاق، ولأن فى تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه، فلم يجز، كما لو كان تحته حرة، وقياسهم ليس بصحيح، فإن نكاح الخامسة والأخت، إنما حرم لأجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعًا، والعلة هاهنا هو الغنى عن إرقاق ولده، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت، فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة لا أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها، أو وجد مالاً ولم يتزوج لقصور نسبه، فله نكاح الأمة، لأنه عاجز عن حرة تعفه، وإن كانت الحرة فى حبالة غيره، فله نكاح أمة نص عليه أحمد فى الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال بعضهم: لا يجوز لوجدان الطول.

ولنا: أنه غير مستطيع الطول إلى حرة تعفه فأشبه من لا يجد شيئًا، ألا ترى أن الله

قوله: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ﴾ (البقرة: ٢٢٩) وسنذكر هذا فى باب الرجعة بأبسط من هذا إن شاء الله تعالى.

19- **مسألة:** (وتحرم المحرمة حتى تحل).

يحرم نكاح المحرمة ويحرم على المحرم أن يعقد النكاح فى حال إحرامه، فإن عقد أحد نكاحًا لمحرم أو على محرمة أو عقد المحرم نكاحًا لنفسه أو لغيره لم يصح، لقول النبى ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب»(21) رواه مسلم، وعنه إن عقد المحرم النكاح لغيره صحيح، لأنه حرم عليه لكونه من دواعى الوطء ولا يحصل ذلك بكونه وليًا، والأول أولى لعموم الخبر، وقد ذكرنا هذه المسألة فى الحج وذكرها الاختلاف فيها.

20- **مسألة:** (ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بحال) لقول الله تعالى: ﴿وَلا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ (البقرة: ٢٢١) ولقوله سبحانه: ﴿لا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ ولا نعلم خلافًا فى ذلك.

---

(21) أخرجه النسائى (٥/ ٢٨٤٢) ومسلم (٢/ ١٠٣١/ ٤٤٤) كتاب النكاح باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خلعه، وأبو داود (٢/ ١٨٤٢) وابن ماجه (١/ ١٩٦٦).

سبحانه جعل ابن السبيل الذى له اليسار فى بلده فقيراً لعدم قدرته عليه فى الحال؟ فإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها، فليس بخائف العنت.

فصل: وإن قدر على تزوج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الأمة وهذا ظاهر مذهب الشافعى، وذكر وجهًا آخر أنه يجوز لقول الله تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ وهذا غير مستطيع لذلك.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ (النساء: ٢٥) وهذا غير خائف له، ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق، فلم يجز له إرقاقه، كما لو قدر على نكاح مؤمنة.

فصل: ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها، لم يجز له نكاح أمة لا نعلم فى هذا خلافًا، ولا فرق بين الكتابية والمسلمة فى ذلك لما ذكرنا من قبل.

فصل: فإن لم يجد طولاً، لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه، لأن عليه ضررًا فى بقاء الدين فى ذمته ولصاحبه مطالبته به فى الحال: وكذلك إن رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بضعها، لأن لها مطالبته بعوضه، وكذلك إن بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه، لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله فى ذلك كله نكاح الأمة، وإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادرًا عليه ولا يجحف به، لم يكن له نكاح الأمة، وقال أصحاب الشافعى: له ذلك، كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة عن ثمن المثل فله التيمم.

21- مسألة: (ولا يحل لمسلم نكاح كافرة بحال إلاَّ حرائر أهل الكتاب).

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف فى حل نساء أهل الكتاب للمسلم، وممن روى عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم قال ابن المنذر: لا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك، وروى الخلال بإسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينه العبدى تزوجوا نساء من أهل الكتاب، وبه قال سائر أهل العلم ولم ينقل تحريمه إلا عن الإمامية تمسكًا بقوله تعالى: ﴿ وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ ﴾ ﴿ وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ (الممتحنة: ١٠).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ﴾ (المائدة: ٥) إلى قوله: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ وإجماع الصحابة، فأما قوله سبحانه: ﴿ وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ ﴾ فروى عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التى فى سورة المائدة، وكذلك ينبغى أن يكون ذلك فى الآية الأخرى لأنهما متقدمتان، والآية التى فى المائدة متأخرة عنها، وقال آخرون: ليس هذا نسخًا، فإن لفظة المشركين بإطلاقها لا تتناول أهل الكتاب، بدليل قوله سبحانه: ﴿ لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ ﴾ (البينة: ١) وقال: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ﴾ (البينة: ٦) وقال: ﴿ لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِّلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا ﴾ (المائدة: ٨٢) وقال: ﴿ مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلا

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ (النساء: ٢٥) وهذا مستطيع، ولأنه قادر على نكاح حرة بما لا يضره، فلم يجز له إرقاق ولده، كما لو كان بمهر مثلها، ولا نسلم ما ذكروه فى التيمم، ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين: **أحدهما:** أن التيمم رخصة عامة، وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة، **والثانى:** أن التيمم يتكرر، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضى إلى الإجحاف به، وهذا لا يتكرر، فلا ضرر فيه.

فصل: وإن كان فى يده مال، فذكر أنه معسر، وأن المال لغيره، فالقول قوله لأنه حكم بينه وبين الله تعالى، فقبل قوله فيه، كما لو ادعى مخافة العنت، ومتى تزوج الأمة أقر أنه كان موسرًا حال النكاح فرق بينهما، لأنه أقر بفساد نكاحه، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت، فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد، فلا مهر، وإن كذبه فله نصف المسمى لأنه يدعى صحة النكاح والأصل معه، وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه إلا أن يكون مهر المثل أكثر، فعلى قول من أوجب مهر المثل فى النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لإقراره به، فإن كان المسمى أكثر وجب وللسيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب فى النكاح الفاسد، وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين.

١١٦٢- مسألة: قال: **(ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر، لم ينفسخ النكاح).**

الْمُشْرِكِينَ﴾ (البقرة: ١٠٥) وسائر آى القرآن تفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين بإطلاقها لا تتناول أهل الكتاب، وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة، ولأن ما احتجوا به عام فى كل كافر، وما بينا خاص فى حل نساء أهل الكتاب، والخاص يجب تقديمه، إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يتزوج كتابية، لأن عمر قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب: طلقوهن ففعلوا إلاَّ حذيفة فقال له عمر: طلقها، قال: أتشهد أنها حرام؟ قال: هى جمرة طلقها، قال: تشهد أنها حرام، قال: هى جمرة، قال: قد علمت أنها جمرة ولكنها لى حلال، فلما كان بعد طلقها فقيل له: ألا طلقتها حين أمرك عمر، قال: كرهت أن يرى الناس أنى ركبت أمرًا لا ينبغى لى، ولأنه ربما مال إليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها.

فصل: وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والإنجيل، قال الله تعالى: ﴿أَن تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَىٰ طَائِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ (الأنعام: ١٥٦) فإن أهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الإنجيل النصارى ومن وافقهم من الأرمن وغيرهم، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيرًا فروى عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعى وعلق القول فيهم فى موضع آخر، وعن أحمد قال: بلغنى أنهم يسبتون فهؤلاء إذًا يشبهون اليهود، والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون اليهود أو النصارى فى أصل دينهم ويخالفونهم فى فروعه فهم ممن وافقوهم وإن خالفوهم فى أصل الدين فليس هم منهم، فأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعى، وفى المذهب وجه آخر: أنه يفسد النكاح وهو قول المزنى، لأنه إنما أبيح للحاجة، فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة، فإذا وجد الحلال لم يستدمه.

ولنا: أن فقد الطول أحد شرطى إباحة نكاح الأمة، فلم تعتبر استدامته كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل وهذا لا يبتدئ النكاح، إنما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته.

فصل: وإن تزوج على الأمة حرة صح وفى بطلان نكاح الأمة روايتان، **إحداهما:** لا يبطل، وهو قول سعيد بن المسيب، وعطاء والشافعى وأصحاب الرأى، وروى معنى ذلك عن على ﷺ، **والرواية الثانية:** ينفسخ نكاح الأمة، وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزنى، ووجه الروايتين ما تقدم فى المسألة، وقال النخعى: إن كان له من الأمة ولد لم يفارقها وإلا فارقها، ولا يصح، لأن ما كان مبطلاً للنكاح فى غير ذات الولد أبطله فى ذات الولد كسائر مبطلاته، ولأن ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه، وقد استدل على بقاء النكاح بما روى عن على أنه قال: إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين، وللأمة ليلة (٤٥)؛ فإنه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه، فإن القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب.

المتمسك بصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب لا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم، وهذا قول الشافعى وذكر القاضى فيه وجهًا آخر أنهم من أهل الكتاب تحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهود والنصارى.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿أَن تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَىٰ طَائِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالاً فيها أحكام فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام.

فصل: فأما المجوس فليس لهم كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول عامة العلماء إلاَّ أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبى ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» (22) ولأنه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولأنهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾ وقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾

---

(٤٥) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٨٥) من حديث على، وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٦٥) وفى إسناده ابن أبى ليلى، وعبادة بن عبد الله الأسدى ضعيف قاله الحافظ فى التقريب.

(22) أخرجه مالك فى «موطئه» (١/ ٢٧٨/ ٤٢) ومن طريق البيهقى فى «السنن الكبرى» (٩/ ١٨٩) وهو حديث منقطع فيه من لم أعرفهم.

١١٦٣- **مسألة:** قال: (**وله أن ينكح من الإماء أربعًا إذا كان الشرطان فيه قائمين**).

اختلفت الرواية عن أحمد فى إباحة أكثر من أمة إذا لم تعفه، **فعنه أنه قال**: إذا خشى العنت تزوج أربعًا إذا لم يصبر كيف يصنع؟ وهذا قول الزهرى والحارث والعكلى ومالك وأصحاب الرأى، **والرواية الثانية**: قال أحمد: لا يعجبنى أن يتزوج إلا أمة واحدة، يذهب إلى حديث ابن عباس وهو ما روى عن ابن عباس: «أن الحر لا يتزوج من الإماء إلا واحدة وقرأ: ﴿**ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ**﴾ (النساء: ٢٥) وبه قال قتادة الشافعى وابن المنذر لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت، ووجه الأولى قوله تعالى: ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً**﴾ (النساء: ٢٥) الآية وهذا داخل فى عمومها، ولأنه عادم للطول خائف للعنت، فجاز له نكاح أمة كالأولى، وقولهم: «لا يخشى العنت» قلنا: الكلام فيمن يخشاه ولا نبيحه إلا له، وقول ابن عباس: يحمل على من لم يخش العنت، فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد، وإن تزوج حرة فلم تعفه، فذكر فيها أبو الخطاب روايتين مثل نكاح الأمة فى حق من تحته أمة، لم تعفه، لما ذكرنا، وإن كانت الحرة تعفه، فلا خلاف فى تحريم نكاح الأمة، وإن نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى، فإن نكحها فنكاحها باطل «وإن تزوج أمتين فى عقد وهو يستعف بواحدة فنكاحه باطل»(٤٦) لأنه يبطل فى إحداهما وليست إحداهما بأولى من الأخرى، فبطل كما لو جمع بين أختين.

فخص ذلك أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتابًا وسئل أحمد أيصح أن للمجوس كتابًا؟ فقال: هذا باطل واستعظمه جدًا ولو ثبت أن لهم كتابًا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت بغير أهل الكتابين، وقوله ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه كتاب لهم وإنما أراد النبى ﷺ فى حقن دمائهم وإقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك فى تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فإنا إذا غلبنا الشبهة فى التحريم فتغليب الدليل الذى عارضته الشبهة فى التحريم أولى، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وقال أبو وائل: يقول: تزوج بيهودية وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين: كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ولو ثبت عن حذيفة لم يجز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء، وأما إقرارهم بالجزية فلأننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب أن نغلب حكم التحريم فى ذبائحهم ونسائهم.

21- **مسألة:** (**فإن كان أحد أبويها غير كتابى أو كانت من نساء بنى تغلب فهل تحل له؟ على روايتين**).

إذا كان أحد أبوى الكافرة كتابيًا والآخر غير كتابى لم يحل نكاحها فى إحدى الروايتين

---

(٤٦) أثبتناه من نسخة «هـ».

فصل: وللعبد أن ينكح الأمة وإن فقد فيه الشرطان، لأنه مساوٍ لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة، وله نكاح أمتين معًا وواحدة بعد واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه، وإن تزوج حرة وقلنا ليست الحرية شرطًا فى نكاح الحرة فهل له أن ينكح أمة؟ فيه روايتان: **إحداهما:** له ذلك وهو قول مالك والشافعى، لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة كالحر مع الحرة ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما فى حق الحرة، **والثانية:** لا يجوز وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال: تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة، ولأنه مالك لبضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر وإن عقد النكاح عليهما جميعًا صح فيهما، لأن كل واحدة يجوز إفرادها بالعقد فجاز بالجمع بينهما كالأمتين.

فصل: وإذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين: أحدهما: انقضاء عدتها فإن حملت من الزنا فقضاء عدتها بوضعه، ولا يحل نكاحها قبل وضعه، وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة، وفى الأخرى قال: يحل نكاحها ويصح، وهو مذهب الشافعى لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل.

ولنا: قول النبى ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره»(٤٧) يعنى وطء الحوامل، وقول النبى ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع»(٤٨) صحيح وهو عام،

اختارها الخرقى سواء كان وثنيًا أو مجوسيًا أو مرتدًا وبهذا قال: الشافعى فيما إذا كان الأب غير كتابى، لأن الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب إلى قبيلته وإن كانت الأم فله فيه قولان.

ولنا: أنها غير متمحضة من أهل الكتاب أشبه ما لو كان أبوها وثنيًا، ولأنها متولدة بين من يحل ومن لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل وفيه رواية ثانية أنها تحل بكل حال لدخولها فى عموم الآية المبيحة، ولأنها كتابية فأشبهت من أبوها كتابيان وعلى هذا فالحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها غير كتابى، لأنها إذا حرمت بكون أحد أبويها وثنيًا فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى وعلى الرواية التى تقول لا تحرم فهو متحقق وإن كان أبواها وثنيين اعتبارًا بحال نفسها دون أبويها.

فصل: فإن كانت من نساء بنى تغلب ففيها أيضًا روايتان: **إحداهما:** تحل وهو أصح لدخولها فى قوله تعالى: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ**﴾ (المائدة: ٥) وهم

---

(٤٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٥٨) بلفظ: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر» وذكر الحديث والترمذى (٣/ ١١٣١) بلفظه، وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٠٨، ١٠٩) وإسناده حسن.

(٤٨) تقدم برقم (٤٣).

وروى عن سعيد بن المسيب «أن رجلاً تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبلى فرفع ذلك إلى النبى ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجلدها مائة» رواه سعيد(٤٩)، ورأى النبى ﷺ امرأة مجحًا على باب فسطاط فقال: «لعله يريد أن يلم بها؟ قالوا: نعم، قال: «لقد هممت أن ألعنه لعنًا يدخل معه قبره، كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟أم كيف يورثه وهو لا يحل له» أخرجه مسلم(٥٠)، ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل.

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها فى الأصل لمعرفة براءة الرحم، ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً فيكون نكاحها باطلاً فلم يصح كالموطوءة بشبهة، وقال أبو حنيفة والشافعى لا عدة عليها لأنه وطء لا تصير به المرأة فراشًا فأشبه وطء الصغيرة.

اليهود والنصارى، **والثانية:** تحرم نساء بنى تغلب لأنا لا نعلم دخولهم فى دينهم قبل تبديل كتابهم.

فصل: وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم فى تحريم نسائهم وذبائحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما، والمرتدة يحرم نكاحها على أى دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذى انتقلت إليه بإقرارها عليه ففى حلها أولى.

22- مسألة: (وليس للمسلم وإن كان عبدًا نكاح أمة كتابية وعنه يجوز).

ظاهر مذهب أحمد أنه ذلك لا يجوز رواه عنه جماعة، وهو قول الحسن والزهرى ومكحول ومالك والشافعى والثورى والأوزاعى والليث وإسحاق، وروى ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة: يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة، ونقل ذلك عن أحمد قال: لا بأس بتزويجها، إلا أن الخلال رد هذه الرواية وقال: إنما توقف أحمد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه أنها لا تحل لقوله الله تعالى: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء: ٢٥) فشرط فى إباحة نكاحهن

---

(٤٩) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٦٩٣) من طريق على بن المبارك عن يحيى بن أبى كثير عن يزيد بن نعيم عن سعيد بن المسيب... به وإسناده ضعيف أما على بن المبارك فهو الهنائى بضم الهاء وتخفيف النون: قال الحافظ: كان له عند يحيى بن أبى كثير كتابان أحدهما: سماع والآخر: إرسال فحديث الكوفيين عنه فيه شيء قلت: وهذه الإرسالات عن يحيى لأنه عنعنه وأما يحيى بن أبى كثير هذا فهو الطائى ثقة ثبت لكنه يدلس ويرسل، ويزيد بن نعيم بن هزال فهو مقبول قاله ابن حجر فى التقريب.

(٥٠) أخرجه مسلم (٢/ كتاب النكاح باب تحريم وطء الحامل/ ١٠٦٥/ ح١٤٤١) وأبو داود (٢/ ٢١٥٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٥٧) من طريق عبد الرزاق أنبأنا ابن جريج عن صفوان بن سليم عن سعيد بن المسيب... به، وقال البيهقى: هذا الحديث إنما أخذه ابن جريج عن إبراهيم بن أبى يحيى عن صفوان بن سليم، وإبراهيم مختلف فى عدالته. اهـ.

ولنا: ما ذكرناه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى، لأن وطء الحامل لا يفضى إلى اشتباه النسب، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثانى فيفضى إلى اشتباه الأنساب فكان بالتحريم أولى، ولأنه وطء فى القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا نسلم وطء الصغير الذى يمكن منه الوطء، **والشرط الثانى**: أن تتوب من الزنا قاله قتادة وإسحاق وأبو عبيد، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: لا يشترط ذلك لما روى أن عمر ضرب رجلاً وامرأة فى الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل، وروى أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال: «يجوز، أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز؟»(٥١).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لا يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ إلى قوله: ﴿وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ (النور: ٣) وهى قبل التوبة فى حكم الزنا فإذا تابت زال ذلك لقول النبى ﷺ: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له»(٥٢) وقوله «التوبة تمحو الحوبة»(٥٣) وروى «أن مرثدًا دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجبها، فلما قدم المدينة،

الإيمان ولم يوجد، وتفارق المسلمة لأنه لا يؤدى إلى استرقاق الكافر ولدها لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة والكافرة تكون ملكًا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها، ولأنه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فإذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها، ولا فرق بين الحر والعبد فى تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل، ولأن ما حرم على الحر ذبحه من أجل دينه حرم على العبد كالمجوسية.

23- مسألة: (ولا يحل لحر نكاح أمة مسلمة إلاَّ أن يخاف العنت لا يجد طولاً لنكاح حرة ولا ثمن أمة) الكلام فى هذه المسألة فى فصلين:

---

(٥١) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» (٣/ ٣٦٠ - ٣٦٢) من كتاب النكاح «باب» فى الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها، وسعيد بن منصور فى «سننه» (٢٢٤ - ٢٢٦) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ١٥٧) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٠٣، ٢٠٤) وليس بينهم هذا اللفظ لابن عباس وإنما هو لعكرمة وأما ألفاظ ابن عباس فمنها «أوله سفاح وآخره نكاح» وقوله حينما سئل: نعم ذاك حين أصاب الحلال وأيضًا قوله: «الآن أصاب الحلال».

(٥٢) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٤٢٥٠) والبيهقى فى السنن (١٠/ ١٥٤) وأبو نعيم فى الحلية (٤/ ٢١٠) وقيل: غريب من حديث عبد الكريم لم يصله عن معمر إلا وهيب وذكره الهيثمى فى «المجمع» (١٠ / ٢٠٠) وقال: رواه الطبرانى ورجاله رجال الصحيح إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه ولكن له شواهد منها عن أبى نعيم فى الحلية (١٠/ ٣٩٨) وفى أوله الندم توبة... الحديث... وبمجموع الطرق والشواهد يرتقى إلى درجة الحسن والله أعلم.

(٥٣) أخرجه أبو نعيم فى الحلية (١/ ٢٧٠) (٥/ ١٨٩) من طريق محمد بن على بن المثنى من طريق عمر ابن صبيح عن ثور بن يزيد عن مكحول عن شداد بن أوس من حديث طويل وفيه أن التوبة تغسل الحوبة، وأن الحسنات يذهبن السيئات... وإسناده ضعيف جدًا، عمر بن صبيح متروك كذبه ابن راهويه... قاله الحافظ فى التقريب.

سأل رسول الله ﷺ فقال: «أنكح عناقًا؟ فلم يجبه» فأنزل الله تعالى: ﴿الزَّانِي لا يَنكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لا يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ (النور: ٣) فدعاه رسول الله ﷺ فتلا عليه الآية وقال: «لا تنكحها»(٥٤) ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه، فأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل النزاع، إذا ثبت هذا فإن عدة الزانية كعدة المطلقة لأنه استبراء لحرة فأشبه عدة الموطوءة بشبهة، وحكى ابن أبي موسى أنها تستبرأ بحيضة لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبه استبراء أم الولد إذا أعتقت، وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والإقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب، وروى عن ابن عمر أنه قيل له: «كيف تعرف توبتها؟ قال يريدها على ذلك، فإن طاوعته فلم تتب، وإن أبت فقد تابت» فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعًا له، والصحيح الأول فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة، ولا تحل الخلوة بأجنبية، ولو كان في تعليمها القرآن فكيف يحل في مراودتها على الزنا؟ ثم لا يأمن إن أجابته إلى ذلك أن تعود إلى المصيبة فلا يحل التَّعَرُّض لمثل هذا ولأن التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه فكذلك يكون هذا.

فصل: وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء، والحسن وعكرمة والزهري والثوري

أحدهما: أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان: خوف العنت وعدم الطول وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم فيه اختلافًا لقول الله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ (النساء: ٢٥) الآية والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى: ﴿وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾.

فصل: إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر، روى ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق، وقال مجاهد: مما وسع الله على هذه الأمة نكاح الأمة وإن كان موسرًا، وبه قال أبو حنيفة إلاَّ أن يكون تحته حرة، لأن القدرة على النكاح لا تمنع من النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الأخت والخامسة، وقال قتادة والثوري: إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة وإن وجد الطول، لأن إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت ولا يندفع إلا بنكاح الأمة فأشبه عدم الطول.

ولنا: قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ

---

(٥٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٠٥١) والنسائي (٦/ ٣٢٢٨) والترمذي في «سننه» (٥/ ٣١٧٧) والحديث حسن صحيح.

والشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى، وروى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزانى بحال قالوا: لا يزالان زانيين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر(٥٥) ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النساء: ٢٤) ولأنها محللة لغير الزانى فحلت له كغيرها.

فصل: وإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم يفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده فى قول عامة أهل العلم، وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما وليس لها شيء، وكذلك روى عن الحسن وعن على ﷺ، أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبينهما.

ولنا: أن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح ينفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام فأشبهت السرقة، فأما اللعان فإنه يقتضى الفسخ بدون الزنا، بدليل أنها إذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها، ولذلك أوجب النبى ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع ولكن أحمد استحب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال: لا أرى أن يمسك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولدًا ليس منه، قال ابن المنذر: لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول

فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء: ٢٥) إلى قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ﴾ فشرط فى نكاحها عدم استطاعة الطول فلم يجز مع الاستطاعة لفوات شرطه، وكالصوم فى كفارة الظهار مع استطاعة الإعتاق، ولأن فى تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه فلم يجز كما لو كان تحته حرة، وقياسهم لا يصح لأن نكاح الخامسة والأخت إنما حرم لأجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعًا، والعلة ههنا هو الغنى عن إرقاق ولده، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلاَّ حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالاً ولم يزوج لقصور نسبه فله نكاح الأمة، نص عليه أحمد فى الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال بعضهم: لا يجوز لوجدان الطول.

ولنا: أنه غير مستطيع للطول إلى حرة تعفه فأشبه من لا يجد شيئًا، ألا ترى أن الله سبحانه نزل ابن السبيل الذى له اليسار فى بلده فقيرًا لعدم قدرته عليه فى الحال، وإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت.

---

(٥٥) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٨٩٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٥٦) وابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٣/ ٣٦٢، ٣٦٣) من كتاب النكاح باب «من كره أن يتزوجها».

أحمد هذا، قال أحمد: ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض، وذلك لما روى رويفع بن ثابت قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر يسقى ماءه زرع غيره»(٥٦) يعنى إتيان الحبالى، ولأنها ربما تأتى بولد من الزنا فينسب إليه، والأولى أنه يكفى استبراؤها بالحيضة الواحدة، لأنها تكفى فى استبراء الإماء وفى أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو بإعتاق سيدها فيكفى هٰهنا والمنصوص هٰهنا مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فيكتفى بها.

فصل: وإذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحمد: لا يطؤها لعلها تلحق به ولدًا ليس منه قال ابن مسعود: أكره أن أطأ أمتى وقد بغت(٥٧)، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفى بطنها ولد جنين لغيره(٥٨)، قال ابن عبد البر: هذا مجمع على تحريمه، وكان ابن عباس يرخص فى وطء الأمة الفاجرة(٥٩)، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب، ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصّنها أو يمنعها من الفجور ومن أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين والله أعلم.

١١٦٤- **مسألة:** قال: **(ومن خطب امرأة فلم تسكن إليه فلغيره خطبتها)**.

الخطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة لينكحها، والخطبة ـ بالضم ـ هى حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها فى إجابته أو تزويجه فهذه يحرم

فصل: فإن قدر على شراء أمة تعفه فهو كما لو وجد طول الحرة لا يحل له نكاح الأمة لأنه أمكنه صيانة ولده عن الرق فأشبه القادر على طول الحرة، وكذلك إن قدر على تزويج كتابية تعفه، وهذا ظاهر مذهب الشافعى، وذكروا وجهًا آخر أنه لا يجوز لقول الله تعالى: ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ**﴾ وهذا غير مستطيع لذلك.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ**﴾ وهذا غير خائف له، لأنه قدر على صيانة ولده من الرق فلم يجز له إرقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة.

فصل: ومن كانت تحته حرة يمكن أن يستعف بها لم يجز له نكاح أمة، لا نعلم فى هذا خلافًا ولا فرق بين المسلمة والكتابية فى ذلك لما ذكرنا من قبل.

فصل: ومن لم يجد طولاً لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه، لأن عليه ضررًا فى بقاء الدين فى ذمته، ولصاحبه مطالبته بقرضه وكذلك إن بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم

---

(٥٦) تقدم برقم (٤٧).

(٥٧) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٠٨) وسعيد بن منصور (٢/ ح٢٠٣٩/ ٥٨).

(٥٨) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» (٤/ ٣٧٠).

(٥٩) أخرجه عبد الرزّاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٠٨) وسعيد بن منصور (٢/ ٢٠٤٠، ٢٠٤١).

على غير خاطبها خطبتها، لما روى ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» وعن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك» متفق عليهما(٦٠)، ولأن فى ذلك إفسادًا على الخاطب الأول وإيقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبى ﷺ عن بيع الرجل على بيع أخيه، ولا نعلم فى هذا خلافًا بين أهل العلم إلا أن قومًا حملوا النهى على الكراهة والظاهر أولى.

القسم الثانى: أن ترده أو لا تركن إليه فهذه يجوز خطبتها ـ لما روت فاطمة بنت قيس: أنها أتت النبى ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ: «أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحى أسامة بن زيد»(٦١) متفق عليه فخطبها النبى ﷺ بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبى جهم لها، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرار بها فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها، وكذلك لو عرض لها فى عدتها بالخطبة فقال: لا تفوتينى بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها، لأن فى قصة فاطمة أن النبى ﷺ قال لها: «لا تفوتينا بنفسك» ولم ينكر خطبة أبى جهم ومعاوية لها.

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبى ديان(٦٢) أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر، فدخل على المرأة وهى جالسة فى بيتها فقال عمر: إن جرير بن عبد الله يخطب وهو

يلزمه لما عليه من ضرر المنة فى نكاح الأمة، فإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادرًا عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الأمة، وقال أصحاب الشافعى: له ذلك كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة على ثمن المثل فله التيمم.

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ وهذا مستطيع، ولأنه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له إرقاق ولده، كما لو كان بمهر مثلها، وما ذكروه ممنوع ثم إن هذا مفارق للتيمم من وجهين: **أحدهما**: أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة **الثانى**: أن التيمم يتكرر فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضى إلى إجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه.

فصل: فإن كان فى يده مال فذكر أنه معسر وأن المال لغيره فالقول قوله، لأنه حكم بينه

---

(٦٠) أخرجه البخارى فى النكاح (٩/ ح٥١٤٢/ فتح) ومسلم فى كتاب النكاح (٢/ ١٠٣٢/ ١٠٣٤) وتقدم تخريجه مستوفيًا فى المسألة رقم (٧٦٢) برقم (٧٣).

(٦١) أخرجه مسلم فى كتاب «الطلاق» (٢/ ٣٦/ ١١١٤) والنسائى (٦/ ح٣٢٤٤) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٨٤).

(٦٢) هو الحارث بن عبد الرحمن بن عبد الله بن سعد وقيل المغيرة بن أبى ذباب الدوسى المدنى صدوق يهم قاله الحافظ فى التقريب (١/ ١٤٢).

سيد أهل المشرق، ومروان يخطب وهو سيد شاب قريش، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم، وعمر بن الخطاب، فكشفت المرأة الستر فقالت: أجاد أمير المؤمنين؟ فقال: نعم،فقالت: فقد أنكحت أمير المؤمنين فأنكحوه(٦٣) ، فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة فى الأول.

القسم الثالث: أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضًا لا تصريحًا كقولها ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة، فهذه فى حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الخرقى وظاهر كلام أحمد، فإنه قال: إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب، والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى، وقال القاضى: ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعى فى الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبى ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما، واستدل القاضى بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما دل على الرضى أو لا؟.

ولنا: عموم قوله ﷺ : «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به وسكونها إليه فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك، وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه، فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين: أحدهما: أن النبى ﷺ قد كان قال لها: «لا تسبقينى بنفسك، وفى لفظ: لا تفوتينى بنفسك، وفى رواية: إذا حللت فآذنينى» فلم تكن لتفتات بالإجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ . والثانى:

وبين الله سبحانه وتعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت، ومتى تزوج الأمة ثم ذكر أنه كان موسرًا حال النكاح فرق بينهما، لأنه أقر بفساد نكاحه، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت، فإن كان قبل الدخول فصدقه السيد فلا مهر، وإن كذبه فله نصف المهر لأنه يدعى صحة النكاح والأصل معه، وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه، فإن كان مهر المثل أكثر من المسمى فعلى قول من أوجب مهر المثل فى النكاح الفاسد يلزمه مهر لإقراره به وإن كان المسمى أكثر وجب، وللسيد أن لا يصدقه فيما قال، فيكون له من المهر ما يجب فى النكاح الفاسد، وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين.

24- **مسألة:** (فإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة؟ على روايتين) .

أما إذا أيسر فظهر المذهب أنه لا ينفسخ نكاح الأمة وهو الذى ذكره الخرقى وهو مذهب الشافعى وفيه رواية أنه يفسد نكاح الأمة وهو قول المزنى، لأنه أبيح للحاجة فإن زالت الحاجة لم يجز استدامته كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة فإذا وجد الحلال لم يستدمه.

---

(٦٣) ذكره ابن عبد البر فى التمهيد (١٣/ ٢١) وقال: ذكره ابن وهيب قال: أخبرنى مخرمة بن بكير عن أبيه عن عبيد الله بن سعد، عن الحارث ابن أبى ذباب. . . ثم ذكره.

أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمستشيرة له فيهما أو فى العدول عنهما إلى غيرهما وليس فى الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك للنبى ﷺ لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما وتصريحها بمنعهما، ومن وجه آخر: أن النبى ﷺ قد سبقهما بخطبتها تعريضًا بقول لها ما ذكرنا فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لهما بخلاف ما نحن فيه.

فصل: **والتعويل فى الرد والإجابة على الولى إن كانت مجبرة وعليها إن لم تكن مجبرة،** لأنها أحق بنفسها من وليها ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها، وإن أجاب وليها فرضيت فهو كإجابتها، وإن سخطت فلا حكم لإجابته لأن الحق لها، ولو أجاب الولى فى حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها لكون اختيارها مقدمًا على اختياره، وإن كرهته ولم تجز سواه فينبغى أن يسقط حكم الإجابة أيضًا لأنه قد أمر باستئمارها فلا ينبغى له أن يكرهها على ما لا ترضاه، وإن أجابته ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة لأن لها الرجوع، وكذلك إذا رجع الولى المجبر عن الإجابة زال حكمها، لأن له النظر فى أمر موليته ما لم يقع العقد، وإن لم ترجع هى ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روى فى حديث ابن عمر عن النبى ﷺ: «أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك» رواه البخارى(٦٤).

ولنا: أن فقد الطول أحد شرطى إباحة نكاح الأمة فلم يعتبر استدامته لخوف العنت، ويفارق أكل الميتة، فإن أكلها بعد القدرة ابتدأ الأكل وهذا لا يبتدئ النكاح إنما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته.

فصل: **فإن تزوج على الأمة حرة صح** وفى بطلان نكاح الأمة روايتان:

إحداهما: لا يبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعى وأصحاب الرأى وروى معنى ذلك عن على رضي الله عنه.

والثانية: ينفسخ نكاح الأمة وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزنى، ووجه الروايتين ما تقدم فى المسألة قبلها، وقال النخعى: إن كان له من الأمة ولد لم يفارقها وإلا فارقها ولا يصح، لأن ما كان مبطلاً للنكاح فى غير ذات الولد أبطله فى ذات الولد كسائر مبطلاته ولأن ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه، وقد استدل على بقاء النكاح بما روى عن علىٍّ كرم الله وجهه أنه قال: إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة ولأنه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه فإن القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب.

---

(٦٤) تقدم تخريجه برقم (٦٠).

فـصل: **وخطبة الرجل على خطبة أخيـه فى موضع النهى محرمة** ، قال أحـمد: لا يحل لأحد أن يخطب فى هذه الحال، وقـال أبو حفص العكبرى: هى مكروهة غير مـحرمة، وهذا نهى تأديب لا تحريم.

ولنا: ظاهر النهى فإن مقـتضاه التحريم، ولأنه نهى عن الإضرار بالآدمى المـعصوم فكان على التحـريم كالنهى عن أكل ماله وسـفك دمه فإن فعل فنكاحـه صحيح نص عليه أحـمد، فقال: لا يفرق بينهما وهو مـذهب الشافعى، وروى عن مالك وداود: أنه لا يصح وهو قياس قول أبى بكر، لأنه قال فى البيع على بيع أخـيه: وهو باطل وهذا فى معناه، ووجهه أنه نكاح منهى عنه فكان باطلاً كنكاح الشغار.

ولنا: أن المحرم لم يفارق العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة فى العدة.

فـصل: ولا يكره للولى الرجوع عن الإجابة إذا رأى المـصلحة لها فى ذلك ، لأن الحق لها وهو نائب عنها فى النظر لها فلا يكره له الرجوع الذى رأى المصلحة فيه كما لو ساوم فى بيع دارها ثم تبين له المصلحة فى تركهـا ولا يكره لها أيضًا الرجوع إذا كرهت الخاطب، لأنه عقد عمرى يدوم الضرر فيه فكان لها الاحـتياط لنفسها والنظر فى حظها، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كـره لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القـول ولم يحرم، لأن الحق بعد لم يلزمهما كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها.

فـصل: فإن كان الخـاطب الأول ذميّا لم تُحَرَّم الخطبـة على خطبته ، نص عليه أحـمد

25- مـسـألة: (وإن تزوج حرة وأمة فلم تعفه ولم يجـد طولاً لحرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى؟ على روايتين) .

اختلفت الرواية عن أحـمد رحمه الله فى إباحة أكـثر من أمة إذا لم تعفـه فعنه أنه قال إذا خـشى العنت تزوج أربعًا، إذا لم يـصبـر كيف يصنع؟ وهذا قـول الزهرى والحـارث العكلى ومالك: وأصحاب الرأى وعنه أنه قال: لا يعجبنى أن يتزوج إلا أمة واحدة يذهب إلى حديث ابن عباس قال: الحر لا يتزوج من الإماء إلا واحدة وقرأ: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ وبه قال قتادة والشافعى وابن المنذر كأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخاف العنت، ووجه الأولى قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ الآية وهذا داخل فى عمومها، ولأنه عادمٌ للطول خائف للعنت فجاز له نكاح أمة كالأولى وقولهم: لا يخشى العنت قلنا: الكلام فيمن يخشاه، وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت وكـذلك الرواية الأخرى عن أحمد، فإن كان تحته حرة لم تعفه ففيها الروايتـان أيضًا مثل نكاح الأمة ذكرهما أبو الخطاب إذا لم تعفه الأمة لما ذكرنا، فإن كـانت الحرة تعفه فلا خلاف فى تحريم نكاح الأمة الأخـرى، فإن نكح أمتين فى عقـد وهو يستـعف بواحدة فنكاحـهما باطل، لأنه يـبطل فى إحداهما وليـست بأولى من الأخرى فبطل كما لو جمع بين أختين.

فقال: لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين، ولو خطب على خطبة يهودى أو نصرانى أو استام على سومهم لم يكن داخلاً فى ذلك، لأنهم ليسوا بإخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر: لا يجوز أيضًا لأن هذا خرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به.

ولنا: أن لفظ النهى خاص فى المسلمين وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله، وليس الذمى كالمسلم ولا حرمته كحرمته، ولذلك لم تجب إجابتهم فى دعوة الوليمة ونحوها وقوله خرج مخرج الغالب قلنا: متى كان فى المخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر فى الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه، وللأخوة الإسلامية تأثير فى وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط فى رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقاء مودته فلا يجوز خلاف ذلك، والله أعلم.

١١٦٥- مسألة: قال: **(ولو عرض لها وهى فى العدة بأن يقول: إنى فى مثلك لراغب وإن قضى شىء كان، وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصرح).**

وجملة ذلك: أن المعتدات على ثلاثة أضرب: معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع أو لعان أو نحوه مما لا تحل بعده لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها فى عدتها لقول الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ (البقرة: ٢٣٥) ولما روت فاطمة بنت قيس أن النبى ﷺ قال لها لما طلقها زوجها

26- **مسألة:** **(قال الخرقى: وله أن يتزوج من الإماء أربعًا إذا كان الشرطان فيه قائمين)** لما ذكرنا.

27- **مسألة:** **(وللعبد نكاح الأمة وإن فقد فيه الشرطان)** لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة وله نكاح أمتين معًا وواحدة بعد واحدة، لأن خشية العنت غير مشروطة فيه.

28- **مسألة:** **(وهل له أن ينكحها على حرة على روايتين؟).**

إحداهما: له ذلك، وهو قول مالك والشافعى، لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة كالحر مع الحرة، ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما فى حق الحر والثانية: لا يجوز، وهو قول أصحاب الرأى، لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال: تنكح الحرة على الأمة، ولا تنكح الأمة على الحرة، ولأنه مالك لبضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر.

29- **مسألة:** **(وإن جمع بينهما فى العقد جاز).**

لأن كل واحدة منهما يجوز إفرادها فى العقد فجاز الجمع بينهما كالأمتين هذا إذا قلنا: ليست حرية الزوج شرطًا فى نكاح الحرة، ويتخرج أن لا يجوز بناء على قوله: لا يجوز نكاح الأمة على حرة، ولأنه لا يجوز نكاح الأمة على الحرة فحرم عليه الجمع بينهما كالأختين.

ثلاثًا: «إذا حللت فآذنينى» وفى لفظ: «لا تسبقينى بنفسك» وفى لفظ: «لا تفوتينا بنفسك» وهذا تعريض بخطبتها فى عدتها ولا يجوز التصريح، لأن الله تعالى لما خص التعريض بالإباحة دل على تحريم التصريح، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه.

القسم الثانى: الرجعية فلا يحل لأحد التعويض بخطبتها ولا التصريح لأنها فى حكم الزوجات فهى كالتى فى صلب نكاحه.

القسم الثالث: بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة والبائن يفسخ لغيبة (٦٥) أو إعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لأنها مباحة له نكاحها فى عدتها فهى كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان للشافعى فيه أيضًا قولان: **أحدهما:** يجوز لعموم الآية، ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثًا، **والثانى:** لا يجوز، لأن الزوج يملك أن يستبيحها فهى كالرجعية والمرأة فى الجواب كالرجل فى الخطبة فيما يحل ويحرم، لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان فى حله وحرمته إذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول: إنى فى مثلك لراغب ورب راغب فيك.

وقال القاسم بن محمد: التعريض أن يقول إنك على لكريمة وإنى فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيرًا أو رزقًا، وقال الزهرى: أنت جميلة وأنت مرغوب فيك، وإن قال لا تسبقينا

30- مسألة: (وليس للعبد نكاح سيدته).

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدها باطل، لأن أحكام الملك والنكاح تتناقض إذ ملكها إياه يقتضى وجوب نفقته عليها وسفره بسفرها وطاعته إياها، ونكاحه إياها يوجب عكس ذلك فيتنافيان ولما روى الأثرم بإسناده عن أبى الزبير عن جابر أنه سأله عن العبد ينكح سيدته فقال: جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وهم أن يرجمها وقال: لا يحل لك.

31- مسألة: (وليس للحر أن يتزوج أمته).

لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته، لأنها مملوكته.

32- مسألة: (ولا يجوز للحر أن يتزوج أمة ابنه لأن له فيها شبهة ملك).

وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق: له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق بإعتاقه إياها.

ولنا قول النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» (23) ولأنه لو ملك جزءًا من أمة لم يصح

---

(٦٥) فى نسخة: لعيب.

(23) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٢٢٩١) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤) وإسناده صحيح.

بنفسك أو لا تفوتينا بنفسك أو إذا حللت فآذنيني ونحو ذلك جاز، قال مجاهد: مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال لها رجل: لا تسبقينا بنفسك فقالت: سبقك غيرك، وتجيبه المرأة إن قضى شيء كان وما نرغب عنك وما أشبهه، والتصريح هو اللفظ الذى لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول: زوجينى نفسك أو إذا انقضت عدتك تزوجتك، ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى: ﴿وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ (البقرة: ٢٣٥) فإن النكاح يسمى سرّا، قال الشاعر(٦٦):

فلن تطلبوا سرها للفتى ... ولن تسلموها لازهادها(٦٧)

وقال الشافعى: السر الجماع، وأنشد لامرئ القيس:

ألا زعمت بسباسة القوم أننى ... كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى(٦٨)

ومواعدة السر أن يقول عندى جماع يرضيك ونحوه وكذلك إن قال رب جماع يرضيك، فنهى عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف.

فصل: فإن صرح بالخطبة أو عرض فى موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه، وقال مالك: يطلقها تطليقة ثم يتزوجها وهذا غير صحيح، لأن هذا المحرَّم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما فى النكاح الثانى أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها.

نكاحه لها فما هى مضافة بجملتها شرعًا أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمة سيده أو سيدته مع ما ذكرنا من الخلاف.

فصل: ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه، لأن الرق قطع ولايته عن ابنه وماله وهذا لا يلى ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبى منه.

فصل: وللابن نكاح أمة أبيه، لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبى وكذلك سائر القرابات ويجوز لرجل أن يزوج ابنته لمملوكه، وإذا مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءًا منه انفسخ النكاح وكذلك إن ملكه أو جزءًا منه بغير الإرث لا نعلم فيه خلافًا إلا أن الحسن قال: إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأنهما متنافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيرًا بمجرد الملك لها انفسخ نكاحها سابقًا على عتقها.

فصل: وإن اشترى الحر زوجته أو جزءًا منها ملكه بغير الشراء انفسخ نكاحها، وكذلك إن ملكت المرأة زوجها أو جزءًا منه ولا نعلم فى ذلك اختلافًا لما ذكرناه، وإن اشتراها ابنه فعلى وجهين **أحدهما**: ينفسخ النكاح لأن ملك الابن كملكه فى إسقاط الحد وحرمة الاستيلاء فكان كملكه فى إبطال النكاح **والثانى**: لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل نكاحه كالأجنبى.

---

(٦٦) البيت للأعشى وهو فى ديوانه (٧٥).

(٦٧) لإزهادها: وزهدًا فيها لفقرها.

(٦٨) بسباسة: اسم امرأة عيرته بالكبر.

فصل: ويحرم على العبد نكاح سيدته، قال ابن المنذر(٦٩): أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدها باطل، وروى الأثرم بإسناده عن أبى الزبير قال: سألت جابرًا عن العبد ينكح سيدته فقال: جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وهم أن يرجمها، وقال: لا يحل لك(٧٠)، ولأن أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان فإن كل واحد منهما يقتضى أن يكون الآخر بحكمه يسافر بسفره ويقيم بإقامته وينفق عليه فيتنافيان.

فصل: وليس للسيد أن يتزوج أمته، لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولو ملك زوجته وهى أمة انفسخ نكاحها، وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نعلم فى هذا خلافًا ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته، لأنها مملوكته.

فصل: ولا يجوز للحر أن يتزوج أمة ابنه، لأن له فيها شبهة وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك، لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق بإعتاقه لها.

ولنا: قول النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»(٧١) ولأنه لو ملك جزءًا من أمة لم يصح نكاحه لها فما هى مضافة إليه بجملتها شرعًا أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أم سيده أو سيدته مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه، لأن الرق يقطع

فصل: وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك طلاقًا فمتى أعتقته ثم تزوجها لم تحتسب بتطليقة وبهذا قال الحكم، وحماد، ومالك، والشافعى، وابن المنذر، وإسحاق وقال الحسن والزهرى وقتادة والأوزاعى تحتسب هى بتطليقة ولا يصح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية، وإنما فسخ النكاح بوجود ما ينافيه فأشبه انفساخه بإسلام أحدهما.

فصل: ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها فى قول عامة المفتين حتى يستخلصها فيحل له وطؤها بملك اليمين وروى عن قتادة أنه لم يزده ملكه فيها إلا قربًا وليس بصحيح، لأن النكاح لا يبقى فى بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه.

33- مسألة: (ومن جمع بين محللة ومحرمة فى عقد واحد فهل يصح فيمن تحل؟ على روايتين).

وإذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معًا بأن يكون لرجل أخت وابنة عم إحداهما رضيعة للمتزوج فيقول له: زوجتكهما فيقبل ذلك فالمنصوص صحة نكاح الأجنبية فيما ذكره الخرقى

---

(٦٩) انظر الإجماع لابن المنذر (٨٣/ ٣٨٥).

(٧٠) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٢٧) وسعيد بن منصور فى «مسنده» (١/ ١٩٢).

(٧١) تقدم تخريجه مستوفيًا برقم (26) شرح.

ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلى ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبى منه.

فصل: وللابن نكاح أمة أبيه، لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبى وكذلك سائر القرابات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا: ليست الحرية شرطًا فى الصحة، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءًا منه انفسخ النكاح وكذلك إن ملكه أو جزءًا منه بغير الإرث لا نعلم فيه خلافًا إلا أن الحسن قال: إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما، ولا يصح لأنهما متنافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيرًا فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقًا على عتقها، وحكم المكاتب يتزوج بنت سيده أو سيدته حكم العبد فى أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه، وقال أصحاب الرأى بحاله، لأنها لا تملكه إنما لها عليه دين وليس بصحيح فإن النبى ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»(٧٢) ولأنه لو زال الملك عنه لما عاد بعجزه كما لو أعتق.

فصل: وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق فمتى أعتقته ثم تزوجها لم تحتسب عليه بتطليقة، وبهذا قال الحكم وحماد ومالك والشافعى وابن المنذر وإسحاق وقال الحسن والزهرى وقتادة والأوزاعى هى تطليقة وليس بصحيح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما انفسخ النكاح لوجود ما ينافيه فأشبه انفساخه بإسلام أحدهما أو ردته ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها فى قول عامة

ونص فيمن تزوج حرة وأمة أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة، وذكر شيخنا فيه روايتين: **إحداهما:** يفسد فيهما وهو أحد قولى الشافعى واختاره أبو بكر، لأنه عقد واحد جمع حلالاً وحرامًا فلم يصح كما لو جمع بين أختين، **والثانية:** يصح فى الحرة وهو أظهر الروايتين وهو قول مالك والثورى وأصحاب الرأى، لأنها محل قابل للنكاح وأضيف إليها عقد صادر من أهله لم يجتمع معها فى مثلها فصح كما لو انفردت به وفارق العقد على الأختين، لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى وههنا قد تعينت التى بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه، وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى، وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين؟ على وجهين يأتى ذكرهما إن شاء الله تعالى.

فصل: ولو تزوج يهودية ومجوسية أو محللة أو محرمة فى عقد واحد فسد فى المجوسية والمحرمة وفى الأخرى وجهان، وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد فى الأمة وفى الحرائر وجهان، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما، لأن الجمع بينهما محرم فلا يصح فيهما كالأختين.

---

(٧٢) تقدم برقم (٣١) مسألة رقم (١٠٤٠).

المفتين حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين روى عن قتادة أنه قال: لم يزده ملكه فيها إلا قربًا وليس بصحيح لأن النكاح لا يبقى فى بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه.

فصل: ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه، لأن الله تعالى قال: ﴿**إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ**﴾ (المؤمنون: ٦) وليست هذه زوجة له ولا مملوكته ولأنه يحل لابنه وطؤها ولا تحل المرأة لرجلين فإن وطئها فلا حد عليه، نص عليه أحمد، وقال داود: يحد، وقال بعض الشافعية: إن كان ابنه وطئها حد، لأنها محرمة عليه على التأبيد.

ولنا: أن له فيها شبهة لقول النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» والحد يدرأ بالشبهات، ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه والقصاص حق آدمى فإذا سقط بشبهة الملك فالحد الذى هو حق الله تعالى بطريق الأولى، ولأنه لا يقطع بسرقة ماله ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته، فإذا ثبت هذا فإنها تحرم على الابن على التأبيد وإن كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأبيد وإذا لم تعلق من الأب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها، وقال أبو حنيفة: يلزمه ضمانها لأنه أتلفها عليه وحرمه وطأها فأشبه ما لو قبلها.

ولنا: أنه لم يخرجها عن ملكه ولم تنقص قيمتها فأشبه ما لو أرضعها امرأته فإنها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وإن علقت منه فالولد حر يلحق به النسب لأنه من وطء لا يجب به الحد لأجل الشبهة فأشبه ولد الجارية المشتركة وتصير الجارية أم ولد للأب، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا تصير أم ولد، لأنها غير مملوكة له فأشبه ما لو وطئ جارية أجنبى بشبهة.

34- مسألة: (وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين إلا إماء أهل الكتاب).

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين **أحدهما:** أن أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه، لأن الأمة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسرى بها كالمجوسية.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ**﴾ ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسرى بها كالمسلمة فأما نكاحها فيحرم لأنه فيه إرقاق ولده وإبقاؤه مع كافرة بخلاف التسرى، **الفصل الثانى:** أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين فى قول أكثر أهل العلم منهم الزهرى وسعيد بن جبير والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة ومالك والشافعى، قال ابن عبد البر: على هذا جماعة فقهاء الأمصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافًا ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**﴾ (النساء: ٢٤) وقوله: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۞ إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ**﴾ الآية، وروى أبو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم خيبر بعثًا

ولنا: أنها علقت منه بحر لأجل الملك فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان موسرًا، قال أصحابنا: ولا يلزم الأب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها، وقال الشافعى: يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد وهذا يبنى على أصل وهو أن للأب أن يتملك من مال ولده ما شاء وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ولا قيمة متلف وعندهم بخلاف ذلك وهذا يذكر فى موضع آخر إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن وطئ الابن جارية أبيه عالمًا بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا تصير به الجارية أم ولد لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبه وطء الأجنبية وكذلك سائر الأقارب.

فصل: وإن وطئ الأب وابنه جارية الابن فى طهر واحد فأتت بولد أرى القافة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له كما لو انفرد بوطئها وإن ألحقته بهما لحق بهما، وإن أولدها أحدهما بعد الآخر فهى أم ولد للأول منهما خاصة لأنها بولادتها منه صارت له أم ولد لانفراده بإيلادها فلا تنقل بعد ذلك إلى غيره لأن أم الولد لا ينتقل الملك فيها إلى غير مالكها.

وقد نقل عن أحمد فى رجل وقع على جارية ابنه فإن كان الأب قابضًا لها ولم يكن الابن وطئها فأحبلها الأب فالولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شىء، قال القاضى ظاهر هذا أن الابن إن كان وطئها لم تصر أم ولد للأب لأنه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكون قد علقت بمملوك وإن كان الأب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكها لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم تتعلق به حاجته فيتملكه.

قبل أوطاس فأصابوا لهم سبايا، فكان ناس من أصحاب رسول الله ﷺ يتحرجون من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين، فأنزل الله عز وجل فى ذلك: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**﴾ قال: فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن، وعنه أن رسول الله ﷺ قال فى سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا ذات حليل حتى تحيض حيضة»(24) رواهما أبو داود، وهذا صحيح، وهم عبدة الأوثان، وهذا ظاهر فى إباحتهن، ولأن الصحابة فى عصر النبى ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة الأوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك، ولا نقل عن النبى ﷺ تحريمهن، ولا أمر الصحابة باجتنابهن وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبى نفله إياها، وأخذ عمر وابنه من سبى هوازن، وكذلك غيرهما من الصحابة وأم محمد ابن الحنفية من سبى بنى حنيفة، وأخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن، وهذا ظاهر فى إباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه، وقد أجبت عن حديث أبى سعيد بأجوبة منها أنه يحتمل أنهن أسلمن، كذلك روى عن أحمد حين سأله محمد بن الحكم، قال قلت لأبى

---

(24) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) والدارمى (٢٢٩٥) وأحمد (٣/ ٦٢) وإسناده صحيح.

باب نكاح أهل الشرك

أنكحة الكفـار صحيحة يقـرون عليها إذا أسلموا أو تحـاكموا إلينا إذا كانت الـمرأة ممن يجوز ابتـداء نكاحها فى الحـال ولا ينظر صفة عـقدهم وكيـفيته ولا يعـتبر له شـروط أنكحة المسلمين من الولى والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين.

قال ابن عبـد البر[1] : أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلمـا معًا فى حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما مـا لم يكن بينهما نسب ولا رضاع، وقد أسلم خلق فى عهد رسول الله ﷺ وأسلم نسـاؤهم وأقروا على أنكحـتهم ولم يسـألهم رسول الله ﷺ عـن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتـواتر والضرورة فكان يقينًا ولكن ينظر فى الحال فإذا كانت المرأة على صفـة يجوز له ابتداء نكاحها أقـر، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحهـا كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمـرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثًا لم يقرا، وإن تزوجها فى العدة وأسلما بعد انقضائها أُقرًا لأنها يجوز ابتداء نكاحها.

١١٦٦- **مسألة:** قال أبو القاسم رحمـه الله تعالى: وإذا أسلم الوثنى وقد تزوج بأربع وثنيـات ولم يـدخل بهـن بنَّ منه وكـان لكل واحـدة نـصف مـا سمى لـهـا إن كان حـلالاً ونصف صداق مثلها إن كـان ما سمى لها حرامًا، ولو أسلم النساء قـبله وقبل الدخول بن منه أيضًا ولا شىء عليه لواحدة منهن فإن كان إسلامه وإسـلامهن قبل الدخول معًا فهن زوجات،

عبد الله: أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال: لا أدرى كانوا أسلموا أو لا؟ وقال ابن عبد البر: إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ (البقرة: ٢٢١).

فصل: قال رحمه الله: **ولا يحل نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره** نص عليه فى رواية الميمونى وذكره أبو إسحاق مذهبًا للشافعى، وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبح له النكاح فلم يبيح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة، ولأنه قـد اشتبه المباح بالمحظور فى حقه فحرم لما ذكرنا، وقال الخـرقى: إذا قال: أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينـكح بغير ذلك بعـد، وإن قال: أنا امـرأة لم ينكح إلا رجلاً وذلك لأنه لا يخلو من أن يكـون رجلاً أو امرأة قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنثَىٰ﴾ (النجم: ٤٥) وقال تعالى: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً﴾ (النساء: ١) وليس ثم خلق ثالث فإذا كان مشكلاً لم يظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فقد اختلف فيه أصحابنا واختار الخرقى أنه يرجع إلى قوله فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبـعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن وإن ذكـر أنه امرأة يميل طبعـه إلى الرجال زوج رجلاً، لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا مـن جهته وليس فيه إيجاب حق إلى غيره فـقبل قوله فيه

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى التمهيد (١٢/ ٢٣).

فإن كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان.

في هذه المسألة فصول خمسة: **أحدها**: أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ويكون ذلك فسخًا لا طلاقًا، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا تتعجل الفرقة بل إن كانا في دار الإسلام عرض الإسلام على الآخر فإن أبى وقعت الفرقة، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فإن كان الإباء من الزوج كان طلاقًا لأن الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقًا كما لو لفظ به، وإن كان من المرأة كان فسخًا لأن المرأة لا تملك الطلاق، وقال مالك: إن كانت هي المسلمة عرض عليه الإسلام فإن أسلم وإلا وقعت الفرقة، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: ١٠).

ولنا: أنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على مالك كإسلام الزوج أو كما لو أبى الآخر الإسلام، ولأنه إن كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ وإن كانت هي المسلمة فلا يجوز إبقاؤها على نكاح مشرك.

كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فإن الله تعالى أجرى العادات في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى وميلها إليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة ولا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فيرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه وان ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لأنه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي: ويقبل قوله في الإمامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقًا على غيره وإذا زوج امرأة ورجلاً ثم عاد فقال خلاف قوله الأول لم يقبل قوله في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولاً لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء.

35- **مسألة: (فإن تزوج امرأة فقال أنا امرأة انفسخ نكاحه)** لإقراره ببطلانه ولزمه نصف المهر إن كان قبل الدخول وجميعه إن كان بعده ولا يحل له بعد ذلك أن ينكح، لأنه أقر بقوله أنا رجل بتحريم الرجال وأقر بقوله أنا امرأة بتحريم النساء.

36- **مسألة: (وإن تزوج رجلا ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه)** لأنه لا حق عليه فإذا أزال نكاحه فلا مهر له لأنه يقر أنه لا يستحقه وسواء دخل أو لم يدخل ويحرم النكاح بعد ذلك لما ذكرنا.

ولنا: على أنها فرقة فسخ أنها فرقة باختلاف الدين فكان فسخًا كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ولأنها فرقة بغير لفظ فكانت فسخًا كفرقة الرضاع.

الفصل الـثانى: أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخـول بإسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى وإن كانت التسـمية صحـيحة أو نصف مهر مـثلها إن كانت فاسـدة مثل أن يصدقهـا خمرًا أو خنزيرًا لأن الفرقة حصلت بفعله، وإن كانت بإسلام المرأة فلا شىء لها، لأن الفرقة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهرى والأوزاعى وابن شبرمة والشافعى، وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهـر إذا كان هى المسلمة واختـارها أبو بكر، وبه قال قتادة والثورى ويقتـضيه قول أبى حنيفة لأن الفرقة حصلت من قبله بإبائه الإسلام وامتناعه منه وهى فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت.

ونقل عن أحمد فى مجوسى أسلم قبل أن يـدخل بامرأته لا شىء لها من الصداق ووجهه ما ذكـرناه ووجه الأول أن الفرقـة حصلت باختـلاف الدين واختـلاف الدين حصل بإسلامـها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لـها شىء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فإنه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر.

الفصل الثالث: أن الزوجين إذا أسلما معًا فهما على نكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم فى هذا اختـلاف بحمد الله، ذكر ابن عبد البـر أنه إجماع من أهل العلم وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين، وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلمًا

باب الشروط فى النكاح

وهى قسمان صحيح وفاسد فالصحيح نوعان: **أحدهما:** يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه وتمليكه من الاستمتاع بها فهذا لا يؤثر فى العقد وجوده كعدمه **الثانى:** شرط ما تنتفع به المرأة كزيادة على مهرها أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به كالثمن فى المبيع.

أ- مـسـألة: (فإن شرط أن لا يخرجها من دارها أو بلدهـا أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى فهو صحيح لازم فإن وفّى به وإلا فلها الفسخ).

يروى ذلك عن عمر بن الخطاب وسـعد بن أبى وقاص ومعاوية وعـمرو بن العاص ﷺ وبه قال شـريح وعمر بن عبـد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعى وإسـحاق وأبطل هذه الشـروط الزهرى وقتـادة وهشام وبـن عروة ومـالك والليث والثـورى والشافـعى وابن المنذر وأصحاب الرأى وقال أبو حنيفـة والشافعى: يفسد المهر ولها مهر المـثل واحتجوا بقول النبى ﷺ «كل شرط ليس فى كتاب الله فـهو باطل وإن كان مائة شرط»[1] وهذا ليس فى كتاب الله، لأن الشرع لا يقـتضيـه وبقول النبى ﷺ: «المـسلمون على شـروطهم إلا شرطًا أحل

(1) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٧٦٦) من كتاب البيع برقم (١٠٢).

على عـهد رسول الله ﷺ ثم جـاءت امرأته مـسلمة بعـده فقـال: يا رسول الله إنهـا كانت أسلمت معى فـردها عليه(٢) ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعـة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسـد النكاح ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحـوه فإن حكم المجلس كله حكم حالة العـقد، ولأنه يبعد اتفـاقهمـا على النطق بكلمة الإسلام دفـعة واحدة، فلو اعتـبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل المسلمين قبل الدخول إلا فى الشاذ النادر فيبطل الإجماع.

الفصل الرابع: أنه إذا إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن أحمد روايتان: **إحداهما**: يقف على القضاء العدة فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج إلى استئناف العدة وهذا قول الزهرى والليث والحسن بن صالح والأوزاعى والشافعى وإسحاق ونحوه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد ابن الحـسن، **والرواية الثـانيـة**: تتعجل الفرقة وهو اختيـار الخلال وصاحبه، وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر، وقول

حرامًا أو حرم حلالاً»(2) وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسرى والسفر، ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان فاسدًا كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها.

ولنا قول النبي ﷺ: «إن أحق مـا وفيتم به الشـروط ما استـحللتم به الفروج»(3) رواه سعيـد، وفى لفظ: «إن أحق الشروط أن توفوا بها ما اسـتحللتم به الفروج»(4) مـتفق عليـه، وقول النبى ﷺ: «المسلمـون على شروطهم» ولأنه قول من سمينا من الصـحابة ولا يعرف لهم مخالف فى عـصرهم فكان إجماعًا وروى الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امـرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فـخاصمـوه إلى عمر فقـال: لها شرطهـا، فقال الرجل: إذًا يطلقننا فـقال عمر: مقاطع الحـقوق عند الشروط، ولأنه شرط له فيه منفعة ومقـصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازمًا كمـا لو اشترطت زيادة فى المهر أو غير نقـد البلد وأما قوله ﷺ: «كل

---

(٢) أخـرجـه أبو داود وفى «سننه» (٢/ ح٢٢٣٨) والـتـرمـذى فى «سننه» (٣/ ح١١٤٤) وقـال: حـديث صحيح، وابن حبان فى صحيحه (٦/ ١٨٢/ ٤١٤٧/ إحسان) من طريق وكيع عن إسرائيل عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس به. . . وإسناده ضعيف مداره على سماك عن عكرمة، وسماك هو ابن حرب الذهلى الكوفى، قال الحافظ فى التقريب: صدوق، وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة وقد تغير بآخره فكان ربما يلقن.

(2) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٥٩٤) والترمذى فى الـجامع الصحيح» (٣/ ح١٣٥٢) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٤٩) وإسناه صحيح.

(3) تقدم برقم (١٨٥) مغنى مسألة (١١٤١).

(4) أخرجه البخارى فى كتاب الشروط (٥/ ح٢٧٢١/ فتح) ومسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ٦٣/ ١٠٣٥، ١٠٣٦).

أبى حنيفـة ههـنا كقـوله فيـمـا قبل الدخول إلا أن المـرأة إذا كانت فى دار الحرب فـانقضت عدتها وحصلت الفـرقة لزمها استئناف العدة، وقال مـالك: إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فـإن أسلمت وإلا وقعت الفرقة، وإن كانت غائبة تـعجلت الفرقة، وإن أسلمت المـرأة قبلـه وقـفـت علـى انقضـاء العـدة واحتـج مـن قـال بتعجيل الفـرقة بقول سبـحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: ١٠) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع.

ولنا: ما روى مـالك فى موطئـه عن ابن شهاب قـال: كان بين إسـلام صفوان بن أمـية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهـر أسلمت يوم الفتح وبقى صفوان حتى شهد حنينًا والطائف وهو كـافر ثم أسلم فـلم يفرق النبى ﷺ بينهـمـا، واستـقرت عنده امـرأته بذلك النكاح [٣]، قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده، وقال ابن شهاب: أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجـها عكرمة حتى أتى اليـمن فارتحلت حتى قدمت عليـه اليمن

شرط ليس فى كتاب الله فـهو باطل» أى ليس فى حكم الله وشرعه وهذا مشـروع قد ذكرنا ما دل على مـشروعيـته وعلى من نـفى ذلك الدليل وقولهم إن هذا يحـرم الحلال قلنا لا يـحرم حلالاً وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لهـا به وقولهم ليس من مصلحة العقد ممنوع فإنه من مـصلحة المرأة وما كـان من مصلحة العـاقد كان من مصلحـة عقده كاشـتراط الرهن والضمـين ثم يبطل بالزيادة على مـهر المثل وإذا ثبت أنـه شرط لازم فلم يف به فلهـا الفسخ ولهذا قـال عمر للذى قـضى عليه بلزوم الشـرط حين قال إذا يطلقننـا: مقاطع الحـقوق عند الشروط ولم يلتـفت إلى قوله ولأنه شرط لازم فى عقـد فيثبت حق الفـسخ فى ترك الوفاء به كالرهن فى البيع.

2- مسألة: (وإن شرط لها طلاق ضرتها فقال أبو الخطاب هو صحيح).

لأنه شرط لا ينافى العقد ولها فيه فائدة فأشـبه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها قال شيخنا ولم أر هذا لغـيره ويحتمل أنه باطل وهو الصحـيح لما روى أبو هريرة قال: نهى النبى ﷺ أن تشرط الـمرأة طلاق أختـها وفى لفظ أن النـبى ﷺ قال: «لا تسأل الـمرأة طلاق أختها لتكفأ ما فى صفحـتها ولتنكح فإن لها ما قدر لها» [5] رواهما البخـارى والنهى يقتضى فسـاد المنهى عنه لأنها شرطت عليـه فسخ عقده وإبطال حـقه وحق امرأته فلا يصح كـما لو شرطت فسخ بيعه وعلى قياس هذا ما لو شرطت عليه ببيع.

---

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٤٥/ ٥٤٤) والبيهـقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨٦) وقال ابن عبد البر فى التمهيد (١٢/ ١٩): هذا الحديث لا أعلمه يتصل من وجـه صحيح وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السيرة وابن شهاب إمام أهل السيرة وعالمهم وكذلك الشعبى شهرة هذا الحديث أقوى من إسناده.
قلت: وإسناده ضعيف فهو مرسل. . .

(5) أخرجه البخارى (١١/ ٦٦٠١) ومسلم (٢/ نكاح/ ٣٨/ ١٠٢٩).

فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع النبى ﷺ فثبتا على نكاحهما [٤]، وقال ابن شبرمة: كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهى امرأته، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما [٥]، ولأن أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبى ﷺ مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبى ﷺ مكة فثبتا على النكاح [٦] وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته [٧] وخرج أبو سفيان بن

3- مسألة: قال رضي الله عنه: (القسم الثانى فاسد وهو ثلاثة أنواع أحدها: ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء أحدها: نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما).

قيل إنما سمى هذا النكاح شغاراً لقبحه تشبيهًا برفع الكلب رجله ليبول فى القبح يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول وحكى عن الأصمعى أنه قال الشغار الرفع فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد ولا تختلف الرواية عن أحمد فى أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعى وإسحاق وحكى عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهرى والثورى أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك.

ولنا: ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عنه الشغار متفق عليه [6] وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال: «لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الإسلام» [7] ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفًا فى الآخر فلم يصح كما لو قال: بعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى قولهم: إن فساده من قبل التسمية قلنا بل فساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ولأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهرًا للأخرى فكأنه ملكه إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق

---

(٤)أخرجه مالك فى موطأه (٢/ ٤٩/ ٥٤٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨٧) وإسناده مرسل مثل سابقه.

(٥)إسناده معضل: فإن ابن شبرمة غالب رواياته عن التابعين، وانظر الإرواء (١٩٢٠).

(٦)أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨٦).

(٧)ذكره ابن حجر فى «الإصابة» (٢/ ٣٢) وأيضًا فى التهذيب (٢/ ٣٨٤) وقال ابن البرقى: أسلم يوم الفتح وكان من المؤلفة، وقال البخارى: عاش فى الإسلام ستين سنة وفى الجاهلية ستين سنة، قاله ابن المنذر، وقال موسى بن عقبة عن أبى حبلية مولى الزبير، قال: سمعت حكيم بن حزام يقول: ولدت قبل الفيل بثلاث عشر سنة وأنا أعقل حين أراد عبد المطلب أن يذبح ابنه عبد الله... اهـ.

(6)أخرجه البخارى (٩/ ٥١١٢) فتح ومسلم (نكاح/ ٢/ ٩٥/ ٥٣١١).

(7)أخرجه النسائى (٣٥٩٣) وأحمد (٤/ ٤٢٩، ٤٤١) وسيأتى مستوفيًا فى المغنى.

الحارث وعبد الله بن أمية فلقيا النبى ﷺ عام الفتح بالأبواء[٨] فأسلما قبل نسائهما[٩] ولم يعلم أن النبى ﷺ فـرق بين أحد ممن أسلم وبين امـرأته ويبعـد أن يتفق إسلامـهما دفـعة واحدة، ويفارق ما قبل الدخول فإنه لا عدة لها فتـتعجل البينونة كالمطلقة واحدة، وهـهنا لها عدة، فإذا انقضت تبينًا وقوع الفرقة من حين أسلم الأول فلا يحتاج إلى عدة ثانية لأن اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق.

الفـصل الـخـامس: أنه إذا أسلم أحد الزوجـين وتخلف الآخر حتى انقضت عـدة المرأة انفسخ النكاح فى قول عـامة العلماء، قال ابن عبد البـر: لم يختلف العلماء فى هذا إلا شىء روى عن النخعى شذ فـيه عن جماعة العلماء فـلم يتبعه عليه أحد رغم أنهـا ترد إلى زوجها، وإن طالت المدة لمـا روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجـها أبى العاص بنكاحـــهـا الأول رواه أبو داود[١٠] واحـتج به أحمـد قيل لـه: أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال ليس له أصل، وقيل: كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين.

بين أن يقول: على أن صداق كل واحدة منهمـا بضع الأخرى أو لم يقل ذلك وقال الشافعى: هو أن يقول ذلك ولا يسـمى لكل واحدة صداقًـا لما روى ابن عمـر أن النبى ﷺ نهى عن الشغار، والـشغار أن يقول الرجل: للرجل زوجـتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهرًا فى الأخرى.

ولنا: ما روى ابن عـمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشـغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخـر ابنته وليس بينهما صـداق هذا لفظ الحديث الصحيح المـتفق عليه وفى حديث أبى هريرة والشغار أن يقول الرجل للرجل: زوجنى بنتك وأزوجك ابنتى وزوجنى أختك وأزوجـك أختى رواه مسلم، وهـذا يجب تقديمـه لصحتـه وعلى أنه قد أمكن الـجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأى ذلك كان ولأنه إذا شرط فى نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى ففسد كما لو لفظ.

فـصـل: فإن سميا مع ذلك مهرًا فـقال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ومهر كل

---

(٨)الأبواء: هى قرية من أعمال الفُرْع من المدينة بينها وبين الجحـفة مما يلى المدينة ثلاثه وعشرون ميلاً، معجم البلدان (١/ ٧٩).

(٩)ينظر فى السيـرة النبوية فتح مكة وإسلام أبى سفـيان وعبد الله بن أمـية (٤/ ١٨) ونحن الآن بعون الله نقوم بتحقيق سيرة ابن هشام تحقيقًا علمـيّا دقيقًا شامل الأحاديث الواردة كلها فى السيرة، والله الموفق وقد فرغنا من الجزء الثانى والحمد لله.

(١٠)أخـرجه أبـو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٤٠) والتـرمذى (٣/ ح١١٤٣) وابـن ماجـه (١/ ح٢٠٠٩) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٢٠٠) (٣/ ٢٣٧ - ٢٣٩) وابن سعد فى «الطبقات» (٨/ ٢١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨٧) وإسناده صحيح.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿لا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ (الممتحنة: ١٠) وقوله سبحانه: ﴿وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: ١٠) والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار، فأما قصة أبى العاص مع امرأته فقال ابن عبد البر: لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها، أو تكون حاملاً استمر حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبى شيبة فى سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ ردها على أبى العاص بنكاح جديد، ورواه الترمذى(١١) وقال سمعت عبد بن حميد يقول: سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسنادًا والعمل على حديث عمرو ابن شعيب.

فصل: وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء، فإن كان مسمى صحيحًا فهو لها، لأن أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة، وإن كان محرمًا وقد قبضته فى حال الكفر فليس لها غيره، لأننا لانتعرض

واحدة منهما مائة أو مهر ابنتى مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحمد صحته وهو قول الشافعى لما تقدم من حديث ابن عمر وكأنه قد سمى صداقًا فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الخرقى: لا يصح لحديث أبى هريرة ولما روى أبو داود عن الأعرج أن العباس بن عبد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جعلاً صداقًا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال فى كتابه هذا الشغار الذى نهى عنه رسول الله ﷺ ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقًا يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه متلف فى عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبى بعشرة على أن تبيعنى ثوبك بعشرين فصل: لا اختلاف فيه إذا لم يصرح بالتشريك فأما إن قال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالنكاح فاسد لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لم يذكر مسمى.

---

(١١) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ٢٠١٠) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٠٨) وقال عبد الله بن أحمد عقيب هذا الحديث: قال أبى: هذا حديث ضعيف وقال: واه ولم يسمعه الحجاج من عمرو بن شعيب إنما سمعه ابن محمد بن عبد الله العرزمى، والعرزمى لا يساوى حديثه شيئًا والحديث الصحيح الذى روى أن النبى ﷺ أقرهما على النكاح الأول. اهـ. والترمذى (٣/ ح١١٤٢) وقال: هذا حديث فى إسناده مقال، والحاكم (٣/ ٦٣٩) وقال: صحيح على شرط مسلم، وقال الذهبى متعقبًا: لا، وقال أيضًا: هذا باطل، والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨٨) وروى البيهقى عن الدارقطنى قال: هذا لا يثبت، وحجاج لا يحتج به الصواب حديث ابن يحيى وابن سعد فى الطبقات (٨/ ٢١) وهو حديث منكر.

لما مضى من أحكامهم، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقًا لمسلمة ولا فى نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين، فأما نفقة العدة فإن كانت هى المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لأنه يتمكن من إبقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية، وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لأنه لا سبيل له إلى استبقاء نكاحها وتلافى حالها فأشبهت البائن، وسواء أسلمت فى عدتها أو لم تسلم، **فإن قيل**: إذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين فكيف تجب النفقة للبائن؟ **قلنا**: لأنه كان يمكن للزوج تلافى نكاحها إذا أسلمت قبله بل يجب عليه ذلك فكانت فى معنى الرجعية، **فإن قيل**: الرجعية جرت إلى البينونة بسبب منه، وهذا السبب منها، **قلنا**: إلا أنه كان فرضًا عليها مضيقًا ويمكنه تلافيه بخلاف ما إذا أسلمت قبل الدخول فإنه يسقط مهرها جميعه لأنه ما أمكنه تلافيه.

فصل: فى اختلاف الزوجين: لا يخلو اختلافهما من حالين: **أحدهما**: أن يكون قبل الدخول ففيه مسألتان:

إحداهما: أن يقول الزوج: أسلمنا معًا فنحن على النكاح، وتقول هى: بل أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح، فقال القاضى: القول قول المرأة، لأن الظاهر معها وكذلك إذ يتعذر اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة، والقول قول من الظاهر معه، ولذلك كان القول قول صاحب اليد، وذكر أبو الخطاب فيها وجهًا آخر أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح

فصل: ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقًا ففيه وجهان **أحدهما**: تفسد التسمية ويجب مهر المثل، وهذا قول الشافعى لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يتزوج مولية صاحبه فنقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل **والوجه الثانى**: ذكره القاضى فى الجامع: أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدرًا معلومًا يصح أن يكون مهرًا فصح كما لو قال: زوجتك على ألف على أن لى منها مائة.

فصل: فإن سمى أحدهما مهرًا دون الأخرى فقال أبو بكر: يفسد النكاح فيهما لأنه فسد فى إحداهما ففسد فى الأخرى والأولى أنه يفسد فى التى لم يسم لها صداقًا لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون فى التى سمى لها صداقًا روايتان لأن فيه تسمية وشرطًا فأشبه ما لو سمى لكل واحد منهما مهرًا ذكره القاضى هكذا.

فصل: فإن قال: زوجتك جاريتى هذه على أن تزوجنى ابنتك ويكون عتقها صداقًا لابنتك لم يصح تزويج الجارية فى قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقًا سوى تزويج ابنته وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقًا لها صح لأن الجارية تصلح أن يكون صداقًا وإذا زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقًا لها لم يصح الصداق لأن ملك المرأة زوجها منع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح ويجب مهر المثل، **الثانى**: نكاح المحلل وهو أن

والفسخ طارئ عليه فكان القول قول من يوافق قوله الأصل كالمنكر، وللشافعى قولان كهذين الوجهين.

المسألة الثانية: أن يقول الزوج: أسلمت قبلى فلا صداق لك، وتقول هى: أسلمت قبلى فلى نصف الصداق فالقول قولها، لأن المهر وجب بالعقد والزوج يدعى ما يسقطه والأصل بقاؤه، ولم يعارضه ظاهر فبقى، فإن اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه فلها، نصف الصداق كذلك ذكره أبو الخطاب، وقال القاضى: إن لم تكن قبضت فلا شيء لها، لأنها تشك فى استحقاقها فلا تستحق بالشك وإن كان بعد القبض لم يرجع عليها، لأنه يشك فى استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك والأول أصح، لأن اليقين لا يزال بالشك، وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث أو تيقن الحدث وشك فى الطهارة بنى على اليقين، وهذه قد كان صداقها واجبًا لها وشكا فى سقوطه فيبقى على الوجوب.

وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضًا مسألتان:

يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها، نكاح المحلل باطل حرام فى قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعى وقتادة ومالك والليث والثورى وابن مبارك والشافعى وسواء قال: زوجتكها إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما أو إذا أحلها للأول طلقها وحكى عن أبى حنيفة: أنه يصح النكاح ويبطل الشرط وقال الشافعى فى الصورتين الأولتين: لا يصح، **وفى الثالثة**: على قولين.

ولنا: ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»(8) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى قال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين وروى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس وقال ابن مسعود: المحلل والمحلل له ملعونون على لسان محمد ﷺ (9) وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر أن النبى ﷺ قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار» قالوا: بلى يا رسول الله قال: «هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له»(10) رواه الأثرم بإسناده عن قبيصة عن جابر قال: سمعت عمر يخطب الناس وهو يقول: والله لا أوتى بمحلل ولا بمحلل له إلا رجمتهما، ولأنه نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبه نكاح المتعة.

4- مسألة: (فإن نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضًا فى ظاهر المذهب وقيل: يكره ويصح).

---

(8) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٣٦) وإسناده صحيح.

(9) أخرجه النسائى فى «سننه» (٨/ ٥١١٧) وإسناده صحيح.

(10) أخرجه ابن ماجه (١/ ١٩٣٦) والحاكم (٢/ ١٩٩) وصححه ووافقه الذهبى.

إحداهـما: أن يقولا: أسلمنا معًا أو أسلم الثانى منا فى العدة فنحن على النكاح، وتقول هى: بل أسلم الثانى بعد العدة فانفسخ النكاح، ففيه وجهان أحـدهمـا: القول قـوله، لأن الأصل بقاء النكاح، والثاني: القول قولها، لأن الأصل عدم إسلام الثانى.

إذا تواطآ عليه قبل العقد ولم يذكر هل نواه أو نوى المحلل من غير شرط؟ فالنكاح باطل أيضًا قال إسماعيل بن سعيد سألت أحـمد عن الرجل يتزوج المرأة فى نفسه أن يحلها لزوجها الأول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الإحلال وهو ملعون وهذا ظاهر قول الصحابة ﷺ فروى نافع عن ابن عمر أن رجلاً قال له امـرأة تزوجها أحلها لزوجها لم تأمرنى ولم تعلم قال: لا، نكاح رغبـة إن أعجبتك أمسكتهـا وإن كرهتها فارقتهـا قال: وإن كنا نعده على عهـد رسول الله ﷺ سفاحًـا وقال: لا يزالا زانيين وإن مكثا عـشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها، وهذا قـول عثمان بن عفـان ﷺ وجاء رجل إلى ابن عباس فـقال: إن عمى طلق امرأته ثلاثًا أيحلها لها رجل؟ قـال من يخادع الله يخدعه[11] وهذا قول الحـسن والنخعى والشعـبى وقتادة وبكر المزنى والليـث ومالك والثورى وإسحـاق وقال أبو حنيفة والشـافعى: العقد صحيح وذكر القـاضى فى صحته وجهًا مثل قولهما لأنه خلا عن شرط يفـسده فأشبه ما لو نوى طلاقها لغـير الإحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك، ولأن العقد إنمـا يبطل بما شرط لا بما قصـد بدليل ما لو اشترى عـبدًا بشرط أن يبيعـه لم يصح ولو نوى ذلك لم يبطل ولأنه قد روى عن عمر مـا يدل على إجازته فروى أبو حفص بإسناده عن مـحمد بن سيـرين قال: قدم مكة رجل ومعه إخوة له صـغار وعليه إزار من بين يديه رقعه ومن خلفه رقعة فـسأل عمر فلم يعطه شيئًا فبينما هو كذلك إذا نزغ الشـيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها: هل لك أن تعطى ذا الرقعتين شيئًا ويحلـك لى؟ قالت: نعم إن شئت فأخبروه بذلك قال: نعم فتـزوجهـا ودخل بها فلمـا أصبحت أدخلت إخـوته الدار فجـاء القرشىء، يحـوم حول الدار ويقول: ياويله غلب على امرأتى فأتى عمر فقـال يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتى قال: من غلبك؟ قال: ذو الرقعتـين قال أرسلوا إليه فلما جاءه الرسول قالت له المـرأة: كيف موضعك من قومك؟ قال: ليس بموضع بأس قالت: إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل له لا والله لا أطلقها فإنه لا يكرهك فألبسته حلة فلمـا رآه عمر من بعيد قال: الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتـين فدخل عليه فقال: أتطلق امرأتك؟ قـال: لا والله لا أطلقها قال عمر: لو طلـقتها لأوجعت رأسك بـالسوط[12] ورواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عـبيد عن ابن سيرين نحوًا من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأسًا.

ولنا: قول النبى ﷺ : «لعن الله المحلل والمحلل له» وقول من سمينا من الصحابة ولا

---

(11) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٢٦٢) والبيهقى (٧/ ٣٣٧).

(12) أخرجه البيهقى (٧/ ٢٠٩) وإسناده ضعيف.

المسألة الثانية: أن تقول: أسلمت قبلك فلى نفقة العدة ويقول هو: أسلمت قبلك فلا نفقة لك فالقول قولها، لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعى سقوطها، وإن قال: أسلمت بعد شهرين من إسلامى فلا نفقة لك فيهما وقالت: بعد شهر فالقول قوله، لأن الأصل عدم إسلامها فى الشهر الثانى، فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح، لأنه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته.

مخالف لهم فيكون إجماعًا ولأنه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه أما حديث ذى الرقعتين فقال أحمد: ليس له إسناد يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر وقال أبو عبيد: وهو مرسل فأين هو من الذى سمعوه يخطب به على المنبر لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه، وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع.

فصل: فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة صح العقد لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين فإن قصدت المرأة أو وليها التحليل دون الزوج لم يؤثر ذلك فى العقد وقال الحسن وإبراهيم: إذا هَمَّ أحد الثلاثة فسد النكاح، قال أحمد: كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون، قال أحمد: الحديث عن النبى ﷺ «أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة»(13) ونية المرأة ليس بشىء إنما قال النبى ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له» ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج، لأنه الذى إليه المفارقة والإمساك، أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئًا من العقد ولا من رفعه فهو أجنبى كسائر الأجانب، فإن قيل: فكيف لعنه النبى ﷺ؟ قيل: إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل لأنها لم تحل له فكان زانيًا فاستحق اللعنة لذلك.

فصل: وإن اشترى عبدًا فزوجها إياه ثم وهبها العبد أو بعضه لينفسخ النكاح بملكها لم يصح قال أحمد فى رواية حنبل إذا طلقها ثلاثًا وأراد أن يراجعها فاشترى عبدًا وزوجها إياه فهذا الذى نهى عنه عمر يؤدبان جميعا، وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبيه المحلل، وعلل أحمد فساده بشيئن **أحدهما**: أنه شبه المحلل لأنه إنما زوجها إياه لتحل له **والثانى**: كونه ليس بكفء لها ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل، لأن المعتبر فى الفساد نية الزوج لا نية غيره.

فصل: ونكاح المحلل فاسد تثبت فيه أحكام العقود الفاسدة فإنه قن ولا يحصل به الإحصان ولا الإباحة للزوج الأول كما لا يثبت فى سائر العقود الفاسدة، قيل فقد سماه النبى ﷺ محللاً وسمى الزوج محللاً له ولو لم يحصل الحل لم يكن محللاً ولا محللاً له قلنا

(13) أخرجه البخارى (٩/ ٥٢٦٠/ فتح) ومسلم (١٢/ ١١١/ ١٠٥٥).

فـصـل: وسواء فيمـا ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتـا وبه قال مالك والأوزاعى والليث والشافعى وقـال أبو حنيفة: إن أسلم أحدهما وهما فى دار الحـرب ودخل دار الإسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حـربى حربيـة ثم دخل دار الإسلام وعـقد الذمـة انفسخ نكـاحه لاخـتلاف الدارين ويقتـضى مذهبه أن أحد الزوجـين الذميين إذا دخل دار الحـرب ناقضًا للعهـد انفسخ نكاحه، لأن الدار اختلفت بهما فعلاً وحكمًا فـوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت فى دار الإسلام قبل الدخول.

سماه محللاً لأنه قـصد التحليل فى موضع لا يحصل فيه الحل كمـا قال: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه»[14] وقال الله تعالى: ﴿يحلُّونَهُ عامًا ويُحَرِّمُونَهُ عَامًا﴾ (التـوبة: ٣٧) ولو كان محللاً فى الحقيقة والآخر محللاً له لم يكونا ملعونين **الثـالث:** نكاح المتعة وهو أن يتزوجها إلى مدة مثل أن يقول: زوجتك ابنتى شهرًا أو سنة أو إلى انقضاء الموسم وقدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومـة أو مجهولة فهو باطل نص عليه أحمد، فقـال: نكاح المتعة حرام، وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غيـر حرام لأن ابن منصور سأل أحمد عنها فقال: تجتنبها أحب إلىَّ قال: فظاهر هذا الكراهة دون التحريم وغير أبى بكر من أصحابنا يمنع هذا، ويقول المسألة رواية واحدة فى تحريمها، وهذا قـول عامة الصحابة والفقهاء، وممن روى عنه تحريمهـا عمر وعلى وابن مسـعود وابن الزبير قال ابن عبـد البر: وعلى تحريم المتـعة مالك وأهل المـدينة وأبو حنيفـة فى أهل الكوفـة والأوزاعى فى أهل الشـام والليث فى أهل مصـر والشافـعى وسائر أصـحاب الآثار، وقـال زُفَر: يصح النكاح ويبطل الشـرط، وحكى عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكـثر أصحابه عطاء وطاوس، وبه قال ابن جريج وحكى ذلك عن أبى سعيـد الخدرى وجابر، وإليه ذهب الشـيعة لأنه قد ثبت أن النبى ﷺ أذن فـيها، وروى أن عمر قـال: متعتـان كانتا على عهـد رسول الله ﷺ أنا أنهى عنهما وأعـاقب عليهما: مـتعة النساء ومتعة الحج[15] ولأنه عقد على منفعة فجاز مؤقتًا كالإجارة.

ولنا: ما روى الربيع بن سبرة أنه قال: أشهد على أبى أنه حدث أن رسول الله ﷺ نهى فى حجة الوداع، وفى لفظ: أن رسول الله ﷺ حرم متع النساء[16] رواه أبو داود وفى لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال: «يا أيهـا الناس إنى كنت أذنت لكم فى الاستمتاع ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة»[17] وروى سبرة أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة فلم نخـرج حتى نهانا عنهـا، رواه مسلم[18] وروى علـى بن أبى طـالب أن

---

(14) أخرجه الترمذى (٢٩١٨) وقال أبو عيسى: ليس إسناده بالقوى.
(15) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٠٦). (16) أخرجه مسلم (٢/ ٢٥/ ١٠٢٦).
(17) أخرجه مسلم (٢/ ٢١/ ١٠٢٥) وابن ماجه (١/ ١٩٦٢).
(18) انظر الحديث السابق.

ولنا: أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران[١٢] وامرأته بمكة لم تسلم وهى دار حرب، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم، ولأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع ويفارق ما قبل الدخول، فإن القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الإقرار على النكاح دون ما ذكروه، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الإسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه، وعندهم لا يصح.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ (المائدة: ٥) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت فى دار الإسلام فأبيح نكاحها فى دار الحرب كالمسلمة.

رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية متفق عليه[19] رواه مالك فى الموطأ وأخرجه الأئمة النسائى وغيره، واختلف أهل العلم فى الجمع بين هذين الخبرين، فقال قوم: فى حديث علىٍّ تقديم وتأخير وتقديره أن النبى ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء، ولم يذكر ميقات النهى عنها، وقد بينه الربيع ابن سبرة فى حديثه أنه كان فى حجة الوداع، حكاه الإمام أحمد عن قوم، وذكره ابن عبد البر، وقال الشافعى: لا أعلم شيئًا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة، فحمل الأمر على ظاهره، وأن النبى ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أحلها فى حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها، ولأنه يتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلاً كسائر الأنكحة الباطلة، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع، فروى أبو بكر بإسناده عن سعيد ابن جبير قال: قلت لابن عباس: لقد أكثر الناس فى المتعة حتى قال فيها الشاعر:

أَقُولُ وَقَدْ طَالَ الثَّوَاءُ بِنَا مَعًا ... يا صَاح هَلْ لَكَ فِى فُتْيَا ابن عباسِ
هل لَكَ فى رَخْصَةِ الأطْرَاف آنسَة ... تكَونُ مَثْواكَ حتى مَصْدَرِ الناسِ

فقام خطيبًا فقال: إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير، وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة فى أول الإسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس فيها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يدرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت هذه الآية ﴿إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ (المؤمنون: ٦) قال ابن عباس: فكل فرج سواهما حرام رواه الترمذى[20] فأما إذن النبى ﷺ فيها فقد ثبت نسخه وأما حديث عمر إن صح عنه فالظاهر أنه إنما قصد الإخبار عن تحريم النبى ﷺ لها ونهيه عنها إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبى ﷺ أباحه وبقى على إباحته.

---

(١٢) هو موضع على مرحلة من مكة، والظهران هو: الوادى (معجم البلدان ٥/ ١٠٤).

(19) أخرجه البخارى (٩/ ٥١١٥/ فتح) ومسلم (٢/ نكاح، ٢٩، ٣٠، ١٠٢٧).

(20) أخرجه الترمذى فى «النكاح» (٣/ ١١٢٢) وضعفه شيخنا الألبانى فى «الإرواء» (١٩٠٣).

١١٦٧ - **مسألة:** قال: (**ولو نكح أكثر من أربع فى عقد واحد أو فى عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن فى عدتها اختار أربعًا منهن وفارق ما سواهن سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن**).

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن فى عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعًا منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن فى عقد أو فى عقود وسواء اختار الأوائل أو الأواخر، نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والأوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن كان تزوجهن فى عقد انفسخ نكاح جميعهن، وإن كان فى عقود فنكاح الأوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل، لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الإسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين فى حال الكفر ثم أسلموا.

ولنا: ما روى قيس بن الحارث قال: أسلمت وتحتى ثمان نسوة فأتيت النبى ﷺ فقلت له ذلك فقال: «اختر منهن أربعًا»[١٣] رواه أحمد وأبو داود وروى محمد بن سويد الثقفى أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعًا[١٤]، رواه الترمذى، ورواه مالك فى موطئه عن الزهرى مرسلاً، ورواه الشافعى فى مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهرى عن سالم عن أبيه، إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهرى كذلك قال الحفاظ الإمام أحمد والترمذى وغيرهما، ولأن

فصل: فإن تزوجها من غير شرط إلا أن فى نيته طلاقها بعد شهر أو إذا انقضت حاجته فالنكاح صحيح فى قول عامة أهل العلم، إلا الأوزاعى قال: هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن ينوى حبس امرأته إن وافقته وإلا طلقها.

5- **مسألة:** (**وكذلك إن شرط أن يطلقها فى وقت بعينه**).

فلا يصح النكاح سواء كان معلومًا أو مجهولاً مثل أن يشرط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها ويتخرج أن يصح النكاح ويبطل الشرط وهو قول أبى حنيفة وأظهر قولى الشافعى قاله فى عامة كتبه، لأن النكاح وقع مطلقًا وإنما شرط على نفسه شرطًا وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها.

ولنا: أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة ولأنه شرط انتفاء النكاح فى وقت بعينه أشبه نكاح المتعة ويفارق ما قاسوا عليه فإنه لم يشرط قطع النكاح.

---

(١٣) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٤١) وابن ماجه (١/ ح١٩٥٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨٣) وإسناده حسن.

(١٤) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١١٣٦) برقم (١٦٩).

كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق فى حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود، وأما إذا تزوجت بزوجين فنكاح الثانى باطل، لأنها ملكته ملك غيرها، وإن جمعت بينهما لم يصح، لأنها لم تملكه جميع بعضها، ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل.

فصل: ويجب عليه أن يختار أربعًا فما دون ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع، لأن النبى ﷺ أمر غيلان وقيسًا بالاختيار وأمره يقتضى الوجوب، ولأن المسلم لا يحوز إقراره على نكاح أكثر من أربع، فإن أبى أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار، لأن هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق، لأن الحق ههنا لغير معين، وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولى، فإن الحق لمعين يمكن الحاكم إيفاؤه والنيابة عن المستحق فيه، فإن جن خلى حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار، وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار لأنهن محبوسات عليه، ولأنهن فى حكم الزوجات أيتهن اختار جاز.

فصل: ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعًا لم يكن له الاختيار قبل بلوغه، فإنه لا حكم لقوله وليس لأبيه الاختيار عنه، لأن ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فإذا بلغ الصبى كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة إلى أن يختار.

6- مسألة: (وإن علق ابتداءه على شرط كقوله زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو إن رضيت أمها فهذا كله باطل من أصله).

لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع، ولأنه وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط، وهو قول الشافعى، وعن مالك نحوه، وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط إن رضيت أمها رواية أن النكاح صحيح، لأنه يصح فى الجهل بالعوض فلم يبطل بالشرط الفاسد كالعتق ويبطل الشرط والأول أصح لما ذكرنا النوع الثانى: إن شرط أنه لا مهر لها ولا نفقة أو يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى أو أقل فالشرط باطل ويصح النكاح، وكذلك إن شرط أنه إن أصدقها رجع عليها أو تشرط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو لا يكون عندها فى الجمعة إلاَّ ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئًا فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها لأنها تنافى مقتضاه وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأما العقد فى نفسه فهو صحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد فى العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط فى العقد صداقًا محرمًا، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق، وقد نص أحمد فيمن تزوج امرأة وشرط

فـصل: فإن مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا فى الحاكم وعلى جميعهن العدة، لأن الزوجات لم يتعين منهن، فمن كانت منهن حامـلاً فعدتها بوضعه ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة أشهر وعشر لأنها أطول العدتين فى حقها، وإن كانت من ذوات القروء فعدتها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لتقضى العدة بيقين، لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة، وعدة المـختار عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولـهما لتنقضى العدة بـيقين كما قلنا فـيمن نسى صلاة من يوم لا يعلم عيـنها عليه خمس صلوات وهذا مـذهب الشافعى، فـأما الميراث فـإن اصطلحن عليه فهـو جائز كيفـما اصطلحن، لأن الحق لهن لا يخـرج عنهن وإن أبين الصلح فـقيـاس المذهب أن يقـرع بينهن فتكون الأربع منهن بالقرعـة، وعند الشافعى يوقف الميراث حـتى يصطلحن وأصل هذا يذكر فى غير هذا الموضوع إن شاء الله تعالى.

فـصل: وصفة الاختيار أن يقول: اخـترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو أمسكتهن أو اخترت حبسهن أو إمساكـهن أو نكاحهن أو أمسكت نكاحهن أو ثبت نكاحهن أو أثبتهن، وإن قال لما زاد على الأربع فسـخت نكاحهن كان اختياراً للأربع، وإن طلق إحداهن كـان اختياراً لها، لأن الطلاق لا يكون إلا فى زوجة، وإن قال: قـد فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء، فإن لم ينو الطلاق كان اخـتياراً لغيرهن لقـول النبى ﷺ لغيلان: «أختـر منهن أربعًا وفارق سائرهن» وهذا يقتـضى أن يكون لفظ الفراق صريحًا فيـه كما كان لفظ الطلاق صريحًـا فيه،

عليها أن يبـيت عندها فى كل جمعة ليلة ثم رجعت، وقـالت: لا أرضى إلا ليلة وليلة فقال: لها أن تنزل إلا بطيب نفس منها فإن ذلك جائز، وإن قالت: لا أرضى إلاَّ بالمقاسمة كان ذلك حقًا لها تطالبه إن شاءت، ونقل عنه الأثرم فى الرجل يتزوج المرأة ويشرط عليها أن يأتيها فى الأيام يجوز الشرط وإن شـاءت رجعت، وقال فى الرجل يتزوج المـرأة على أن تنفق عليه فى كل شهر خمسة دراهم أو عـشرة دراهم النكاح جائز ولها أن ترجع فى هذا الشرط، ونقل عن أحمـد كلام فـى بعض هذه الشروط يحـتمل إبطال العـقد فـنقل عنه المروذى فى النهـاريات والليليات ليس هذا من نكاح أهل الإسـلام وممن كره تزويج النهاريات حمـاد بن أبى سليمان وابن شبرمه، وقال الثورى: الشرط باطل وقـال أصحاب الرأى: إذا سألته أن يعدل لها عدل، وكان الحـسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأسًا، وكـان الحسن لا يرى بأسًا أن يتزوجـها ويجعل لها من الشهـر أيامًا معلومة، قال شيخنا: ولعل كـراهة من كره ذلك راجعة إلى إبطال الشرط وإجـازة من أجازه راجـعة إلى أصل النكاح فـتكون أقوالهم مـتفقـة على صح النكاح وإبطال الشرط كما قلنا، والله أعلم، وقال القـاضى: إنما كره أحمد هذ النكاح لأنه يقع على السر وهو منهى عنه، فإن شـرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العـقد، لأنه شرط ما ينافى المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعى، وكـذلك إن شرط عليه أن لا تسلم إليه فهو بمنزلة

وكذا فى حديث فيروز الديلمى(١٥) قال: فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها، وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ، وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن، وذكر القاضى فيه عند الإطلاق وجهين:

أحدهما: أنه يكون اختياراً للمفارقات، لأن لفظ الفراق صريح فى الطلاق والأولى ما ذكرناه، وإن وطئ إحداهن كان اختياراً لها فى قياس المذهب، لأنه لا يجوز إلا فى ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضًا اختيار لها، وإن آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها، لأنه يصح فى غير زوجة فى أحد الوجهين، وفى الآخر يكون اختياراً لها، لأن حكمه لا يثبت فى غير زوجة، وإن قذفها لم يكن اختياراً لها، لأنه يقع فى غير زوجة.

فصل: وإذا اختار منهن أربعًا وفارق البواقى فعدتهن من حين اختار، لأنهن بنَّ منه بالاختيار ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لأنهن بن بإسلامه وإنما يتبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الإسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرقهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ منهن، وعدتهن كعدة المطلقات، لأن

من اشترى شيئًا على أن لا يقبضه، وإن شرط عليها أن لا يطأ لم يفسد لأن الوطء حقه عليها، ويحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقًا ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجب والعنة.

الثالث: أن يشرط الخيار إن جاءها بالمهر فى وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفى صحة النكاح روايتان: **إحداهما**: النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار، وحكاه عن أبى حنيفة، وزعم أن لا خلاف فيه، وقال ابن المنذر: قال أحمد وإسحاق: إذا تزوجها على أنه إن جاءها بالمهر فى وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثورى وأبى حنيفة والأوزاعى، وروى ذلك عن الزهرى، ولأن النكاح عقد لازم لا يدخله خيار لما فى ذلك من المفسدة والضرر على الحرائر لكونها ترد بعد ابتدائها بعقد النكاح والشناعة عليها بأنها ردت رغبة عنها لدناءتها، والشرط الآخر تعليق النكاح على شرط فهو معنى الخيار، ويصح النكاح، لأن النكاح يصح فى المجهول فلم يفسد بالشرط الفاسد كالعتق، وروى ابن منصور عن أحمد فى هذا أن الشرط والعقد جائزان لقول النبى ﷺ «المسلمون على شروطهم»(21) وذكر القاضى فى كتابه الروايتين والوجهين،

---

(١٥) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٤٣) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٢٩، ١١٣٠) وابن ماجه (١/ ح١٩٥١) وأحمد فى مسنده (٤/ ١٣٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٨٤، ١٨٥) وإسناده حسن.

(21) تقدم برقم (2).

عدة من انفسخ نكاحها كذلك وإن ماتت إحدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث، لأنه لم يطلقها قبل ذلك، وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع، لأن الأربع الزوجات لا يبن منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعًا منهن وقع طلاقه بهن وانفسه نكاح الباقيات لاختياره لهن، وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين، وإن طلق الجميع أقرع بينهن، فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقى، فإن كان الطلاق ثلاثًا فمتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وإصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فى العدة أمر أن يختار أربعًا منهن فإذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن لأنهن زوجات ويعتددن من حين طلاقه وبان البواقى باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن إذا انقضت عدة المطلقات، لأن هؤلاء غير مطلقات والفرق بين هذه وبين التى قبلها أن طلاقهن قبل إسلامهن فى زمن ليس له الاختيار فيه، فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ وفى التى قبلها يطلقن وله الاختيار والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه فى الجميع وليس بعضهم أولى من بعض فصرنا إلى القرعة لتساوى الحقوق.

فصل: وإذا أسلم قبلهن وقلنا بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام، وإن قلنا يقف

أما صحة العقد فلأن اللفظ الذى يقتضى الدوام قد وجد وإنما حصل الشرط فى المهر فلم يؤثر فى العقد، وأما المهر فإنها لما ملكت فسخ النكاح عند تعذر تسليم المهر جاز أن يشترط هذا المعنى فى العقد ولا يؤثر فيه، والرواية الأخرى: يبطل العقد فى هذا كله لأن النكاح لا يكون إلا لازمًا وهذا يوجب جوازه ولأنه وقفه على شرط ولا يجوز وقفه على شرط كالبيع، وهذا قول الشافعى ونحوه عن مالك وأبى عبيد.

فصل: فإن شرط الخيار فى الصداق خاصة لم يفسد النكاح، لأن النكاح منفرد عن ذكر الصداق لا يفسد النكاح بفساده فلأن لا يفسد بشرط الخيار أولى بخلاف البيع فإنه إذا فسد أحد العوضين فسد الآخر، إذا ثبت هذا ففى الصداق ثلاثة أوجه: **أحدها:** يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط فى النكاح ويصح النكاح، **والثانى:** يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد منفرد يجرى مجرى الأيمان ويثبت فيه الخيار كالبياعات **والثالث:** يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم توافقه على شىء.

فصل: قال الشيخ رحمه الله تعالى: **(فإن تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية فله الخيار)** لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمة.

7- **مسألة: (فإن شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له)** لأنها زيادة، وقال أبو بكر: له ذلك لأنه قد يكون له غرض فى عدم وجوب العبادات عليها والأول أولى.

على انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بنَّ منذ اختلف الدينان فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن إذا أسلمن، وإن كان وطئهن تبينا أنه وطئ غير نسائه وإن لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان فى غير زوجته، وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فإن أسلم بعضهن فى العدة تبينا أنها زوجته فوقع الطلاق بها وكان وطؤه لها وطأً لمطلقته وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته، وكذلك إن كان وطؤه لها قبل طلاقها، وإن طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل فى عدتهن ولم تسلم البواقى لعينت الزوجية فى المسلمات ووقع الطلاق بهن فإذا سلم البواقى فله أن يتزوج بهن، لأنه لم يقع طلاقه بهن.

فصل: وإذا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقى، فإن مات اللاتى أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء، لأن الاختيار ليس بعقد وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن والاعتبار فى الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وإن أسلمت واحدة منهن فقال: اخترتها جاز فإذا اختار أربعًا على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقى وإن قال للمسلمة: اخترت فسخ نكاحها لم يصح، لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع، لأنه كناية ويكون طلاقه لها اختيارًا لها، وإن قال: اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح، لأنه ليس بوقت للاختيار لأنها جارية إلى بينونة فلا

فصل: فإن شرطها أمة فبانت حرة وكان له نكاح الإماء فلا خيار له، لأن ولده يسلم من الرق ويتمكن من الاستمتاع بها ليلاً ونهارًا، وكذا لو شرطها ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينه فبانت خيرًا من شرطه لأنها زيادة.

فصل: وإن شرطها بكرًا فبانت ثيبًا فعن أحمد كلام يحتمل أمرين **أحدهما:** لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى العيوب الثمانية ولا يثبت فيه الخيار فلا يرد بمخالفة الشرط **والثانى:** له الخيار كما لو شرط الحرية، وكذلك لو شرطها حسناء فبانت شوهاء أو ذات نسب فبانت دونه أو بيضاء فبانت سوداء أو طويلة فبانت قصيرة خرج فى ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعى وكذلك لو شرط نفى العيوب التى لا ينفسخ بها النكاح كالعمى والخرس والصمم ونحوه فبان بخلاف ذلك ففيه وجهان، وممن ألزم الزوج من هذه صفتها: الثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى حكاه ابن المنذر، وروى الزهرى أن رجلاً تزوج امرأة فلم يجدها عذراء وكانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت إليه عائشة أن الحيضة تذهب بالعذرة وعن الحسن والشعبى وإبراهيم فى الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شىء للعذرة إن الحيضة تذهب العذرة والوثبة والتعبيس والحمل الثقيل.

فصل: إذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار وهذا قول الشافعى كما إذا

يصح إمساكهـا، وإن فسخ نكاحها لم ينفسخ، لأنه لما لم يجز الاختـيار لم يجز الفسخ، وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال: أنت طالق فهـو موقوف، فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها وإلا فلا.

فـصـل: وإن قال: كلما أسلمت واحدة اخترتهـا لم يصح، لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح فى غيـر معنى، وإن قال: كلما أسلمت واحدة اخترت فـسخ نكاحها لم يصح أيضًا، لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه فى واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع، وإن أراد به الطلاق فـهو كـما لو قـال: كلمـا أسلمت واحدة فـهى طالق، وفى ذلك وجهـان: **أحـدهمـا:** يصح، لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضـمن الاختيار لها، فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه، **والثانى:** لا يصح، لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط.

فـصـل: وإذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيـار لأن الاختيار استدامة النكاح وتعيين المنكوحـة فليس ابتداء له، وقال القاضى: ليس له الاختـيار وهو ظاهر مذهب الشافعى.

ولنا: أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضاء المـرأة، ولا ولى ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له فى الإحرام كالرجعة.

فـصـل: وإذا أسلمن معه ثم متن قبل اختيـاره فله أن يختار منهن أربعًا فيكون له ميراثهن

شرط ذلك.

8- **مـسـألة: (وإن تزوج أمة يظنهـا حرة أو أنها حـرة وولدت منه فالولد حـر ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره، ويفرق بينهـما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء وإن كـان ممن يجوز له نكاح الإمـاء فله الخيار فـإن رضى المقام معـها فمـا ولدت بعد ذلك فهو رقيق).**

الكلام فى هذه المسـألة فى فصول **أحـدها:** أن النكاح لا يفسد بـالغرور وهو قول أبى حنيفة، وقال الشافـعى فى أحد قوليه: يفسد لأنه عقد على حرة ولم يوجد فـأشبه ما لو قال: بعتك هذا الفرس فإذا هو حمار.

ولنا: أن المعقود عليـه فى النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها فى صـحته كما لو قال: زوجـتك هذه الحسناء فـإذا هى سوداء وكذا نقـول فى الأصل الذى ذكروه أن العـقد صحيح لأن المعقود عليه العين المشار إليها، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين **أحدهـما:** أن ثم الفائت الذات فإن ذات الفرس غير ذات الحـمار وههنا اختلفا فى الصفات **والثـانى:** أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أى شىء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه.

الفـصل الثـانى: أن أولاده منها أحرار بغير خلاف نعلمـه، لأنه اعتقد حريتها فكان ولده

ولا يرث الباقيات، لأنهن لسن بزوجات له، وإن مات بعضهن فله الاختيار من الأحياء وله الاختيار من الميتات، وكذلك لو أسلم بعضهن فمتن ثم أسلم البواقى فله الاختيار من الجميع، فإن اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن متن وهن نساؤه، وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات، وإن لم يسلم البواقى لزم النكاح فى الميتات وله ميراثهن، وإن وطئ الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعًا منهن فليس لهن إلا لمسمى لأنهن زوجات، ولسائرهن المسمى بالعقد الأول ومهر المثل للوطء الثانى لأنهن أجنبيات وإن وطئهن بعد إسلامهن فالموطوءات أولاهن المختارات والبواقى أجنبيات والحكم فى المهر على ما ذكرناه.

١١٦٨- **مسألة:** قال: (**ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة**).

هذا قول الحسن والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى عبيدة، وقال أبو حنيفة فى هذه كقوله فى عشر نسوة.

ولنا: ماروى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال: «قلت يا رسول الله، إنى أسلمت وتحتى أختان؟ قال: طلق أيتهما شئت»(١٦) رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما، ولأن أنكحة الكفار صحيحة وإنما حرم الجمع فى الإسلام وقد أزاله فصح، كما لو طلق إحداهما قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى فى حباله، وهكذا الحكم فى المرأة وعمتها أو خالتها لأن المعنى فى الجميع واحد.

فصل: ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج فى شركة أختها ثم أسلم فى عدة الأولى

أحرارًا كاعتقاده ما يقتضى حريتهم كما لو اشترى جارية يظنها ملكًا لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها.

الفصل الثالث: أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر وعلى وابن عباس وهو قول مالك والثورى والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فدؤاهم لأن الولد ينعقد حر الأصل فلم يضمنه لسيده لأنه لم يملكه وعنه أنه يقال: له افتداء أولاده وإلا فهم يتبعون الأم، فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقًا لأنهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها، قال الخلال: اتفق عن أبى عبد الله أنه يفدى ولده وقاله إسحاق عنه فى موضع أن الولد له وليس عليه أن يفديهم، وأحسبه قولاً أولاً لأبى عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لقضاء الصحابة به ولأنه نماء الأمة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكًا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله وفى فدائهم ثلاث مسائل: **الأولى:** فى وقته وذلك حين وضع الولد قضى بذلك عمر وعلى وابن عباس وهو قول الشافعى، وقال أبو بكر والثورى وأصحاب الرأى: يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة لأنه إنما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم إلا بحال الخصومة.

---

(١٦) تقدم برقم (١٥).

فله أن يختـار منهما، لأنه أسلم وتحـته أختان مـسلمتان، وإن أسلم هو قـبلها لم يكن له أن يتزوج أختها فى عدتها ولا أربعًـا سواها، فإن فعل لم يصح النكاح الثانى وإذا أسلمت الأولى فى عدتها فنكاحها لازم أنها انفردت به.

فـصـل: وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمتا مـعه فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضى عـدة أختها لئلا يكـون واطئًا لأحد الأختين فى عـدة الأخرى، وكذلك إذا أسلم وتحته أكثر من أربع قـد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيًا فاختـار أربعًا منهن وفارق أربعًا لم يطأ واحدة من المختـارات حتى تنقضى عدة المفارقات لئلا يكون واطئًـا لأكثر من أربع، فإن كن خمـسًا ففارق إحـداهن فله وطء ثلاث من المختـارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقـضى عدة المفارقة، فإن كن ستًا ففارق اثنتين فله وطء اثنتـين من المختارات، فإن كن سبعًا ففارق ثلاثًا فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حـتى تنقضى عدة المفارقات، فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب.

فـصـل: وإذا تزوج أختين فى حال كفره فأسلم وأسلمتا معًا قبل الدخول فاختار إحداهما فلا مهر للأخـرى لأننا تبينا أن الفرقة وقعت بإسلامهم جـميعًا فلا تستحق مهـرًا كما لو فسخ النكاح لعيب فى إحداهما ولأنه نكاح لا يقر عليـه فى الإسلام فلا يجب به مهر إذا لم يدخل بها كما لو تزوج المـجوسى أخته ثم أسلما قبل الدخول، وهكـذا الحكم فيما زاد على الأربع

ولنا: أنه محكوم بحـريته عند الوضع فـوجب أن يضمنه حينئـذ لأنه فات رقه من حـينئذ ولأن القيمة التى تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة فلم يضمنها كما بعد الخصومة **فإن قـيل:** فقد كان مـحكومًا بحريته وهو جنين **قلـنا:** إنه لم يكن تضمينه حينئذ لعـدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه فى أول حال أمكن تضمينه وهو حال الوضع.

المسألة الثانية: فى صفة الفداء وفيها ثلاث روايات: **إحداهن:** بقيمتهم وهو أكثر الفقهاء لقول النبى ﷺ «من أعتق شقصا من عـبد قوّم عليه نصيب شريكه»(22) ولأن الحيـوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه، **والثانـية:** يضمنهم بمثلهم عبيدًا الذكر بذكر والأنثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال: بعت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العـرب فتزوجهـا رجل من بنى عذرة ثم إن سيدهـا دب واستاقهـا واستاق ولدها فاختـصموا إلى عمـر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى للعذرى بفـداء ولده يعنى غرة مكان كل غلام بغلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمـر يقوّم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين دينارًا ولأن ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار فعلى هذه الرواية ينبغى أن ينظر إلى مثلهم فى الصـفات تقريبًا، لأن الحـيوان ليس من ذوات الأمثال ويحـتمل أن يجب مثلهم فى القيمة وهو قول أبى بكر **والثالثة:** هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد

(22) أخرجه البخارى فى «الشركة» (٥/ ٢٤٩١/ فتح) ومسلم (٢/ عتق/ ١١٤٠).

إذا أسلموا جميعًا قبل الدخول فاختار أربعًا وانفسخ نكاح البواقى فلا مهر لهن لما ذكرنا والله أعلم.

١١٦٩- **مسألة:** قال: **(وإن كانتا أمًا وبنتًا فأسلم وأسلمتا معًا قبل الدخول فسد نكاح الأم وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما).**

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين: **أحدهما:** إذا كان إسلامهم جميعًا قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الأم ويثبت نكاح البنت، وهذا أحد قولي الشافعى واختيار المزنى، وقال فى الآخر: يختار أيتهما شاء لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم إليه الاختيار، فإذا اختار الأم فكأنه لم يعقد على البنت.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) وهذه أم زوجته فتدخل فى عموم الآية، وأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها فى حال شركه، ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها، إذا أسلم فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى، وقولهم إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليه غير صحيح فإن أنكحه الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة، وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحًا لازمًا من غير اختيار، ولهذا فوض إليه الاختيار ههنا، ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحًا وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يمكن اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فيها بخلاف الأختين.

فى رواية الميمونى: إما القيمة أو رأس برأس لأنهما جميعًا يرويان عن عمر ولكن لا أدرى أى الإسنادين أقوى؟ وهذا اختيار أبى بكر قال فى المقنع: الفدية غرة بقدر القيمة أو القيمة وأيهما أعطى أجزأ ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذى يضمن بغرة وبين إلحاقه بغرة من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد فى رواية أبى طالب: وعليه قيمتهم مثل قول عمر فإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس.

المسألة الثالثة: فيمن يضمن منهم ومن ولد حيا فى وقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثورى وأبو ثور وأصحاب الرأى: لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا ينبنى على وقت وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش لمثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان له لأنه لا قيمة له.

فصل: فى المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أو لا فإن كان ممن يجوز له ذلك وقد نكحها نكاحًا صحيحًا فلها المسمى فإن كان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لأن الفسخ لعذر من جهتها فهى كالمعيبة يفسخ نكاحها وإن كان ممن لا يجوز لهم نكاح الإماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه إن كان قبل الدخول فإن دخل بها فعليه مهرها وهل

الفصل الـثانى: إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد، الأم لأنها أم زوجته والبنت لأنها ربيبته من زوجتـه التى دخل بهـا، قال ابن المـنذر: أجمع عـلى هذا كل من نحـفظ عنه من أهل العلم(١٧)، وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثورى وأهل العراق والشافعـى ومن تبعهم، وإن دخل بالأم وحدها فكذلك أن البنت تكون ربيبـته مدخولاً بأمها والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتـها وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها، ولو لم تسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلمنا معه معًا، فإن كانت المسلمة هى الأم فهى مـحرمة عليه على كل حال، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمهـا ثبت نكاحهـا وإن كان دخل بأمهـا فهى مـحرمة على التـأبيد، ولو أسلم وله جـاريتان إحداهما أم الأخرى وقـد وطئهما جميعًـا حرمتا عليه على التأبيد وإن كـان قد وطئ إحداهما حرمت الأخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة وإن كـان لم يطأ واحدة منهما فله وطء أيتهما شاء فإذا وطئها حرمت الأخرى على التأبيد والله أعلم.

١١٧٠- مسألة: قال: **(ولو أسلم عبد وتحته زوجتان قـد دخل بهما فأسلمتا فى العدة فهما زوجتاه ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)**.

وجـملة ذلك: أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتـين حكم الحر فيما زاد على أربع فإذا أسلم وتحته زوجتـان فأسلمتا معه أو فى عدتهـما لزم نكاحهما حرتين كانتـا أو أمتين أو حرة وأمة لأنه له الجمع بينهما فى ابتداء نكاحه فكذلك فى اختياره، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين

يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتـين يذكران فى الواجب فى النكاح الفاسد إن شاء الله تعالى وكذلك إن كـان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجـها بغير إذن سـيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح.

الفـصـل الرابع: أنه يرجع بما غرمـه على من غره من المهر وقيمـة الأولاد وهو اختيار الخـرقى ورواية عن أحمـد قال ابن المنذر: كـذلك قضى عـمر وعلى وابن عـباس وبـه قال الشافعى فى القديم وفيه رواية أخرى لا يرجع بـالمهر اختاره أبو بكر قال: وهو قول على وبه قال الثورى وأبو ثور وأصـحاب الرأى والشافعى فى الجديد: لأنه وجب عليـه فى مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء فلم يرجع به كـما لو اشترى مغـصوبًا فأكله بخلاف قيـمة الولد فإنه لم يحصل فى مـقابلته عـوض لأنها وجبت بحـرية الولد وحرية الولد له لا لأبيه وقـال القاضى: الأظهر أنه لم يرجع بالمهـر لأن أحمد قال: كنت أذهب إلى حديث علىٍّ ثم إنى هبـته وكأنى أميل إلى حديث عمر يعنى فى الرجوع ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجـع عليه بقيـمة الولد كذلك يرجع بالمـهر قال وعلـى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها قال شيخنا: ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقًا إذا ثبت هذا وكان الغرور من

---

(١٧) انظر كتاب النكاح لابن المنذر فى الإجماع (ص ٧٦).

أيتهن شاء على ما مضى فى الحر فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين أو حرة وأمة وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار فى فراقه، لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالإسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معيبًا تعلم عيبه ثم أسلما، وذكر القاضى وجهًا: أن لها الخيار لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام فكأنه عيب حادث والأول أصح فإن الرق لم يزل عيبًا ونقصًا عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالإسلام فهو كسائر العيوب.

فصل: وإن أسلم وتحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن فى عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزمه نكاح الأربع لأنه ممن يجوز له الأربع فى وقع اجتماع إسلامهم فإنه حر، فأما إن أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار إلا اثنتين لأنه كان عبدًا حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الإسلام، فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كمن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه ثم أيسر ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجز إلا اثنتين لأنه ثبت له الخيار بإسلام الأولتين.

فصل: وإن تزوج أربعًا فأسلمن وأعتقن قبل إسلامه فلهن فسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وإنما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لأنه قد يسلم فيقطع جريانهن إلى البينونة فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بنَّ باختلاف الدين من حين أسلمن «وتبين أن الفسخ لم يصح»[(١٨)] وإن أسلم فى العدة بنَّ لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر فى الموضعين لأنهن

السيد عتقت وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شىء له لأنه لا فائدة فى أن يجب له ما يرجع به عليه وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه فى الحال وكذلك إن كان من أجنبى وإن كان منها فليس لها فى الحال مال فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق؟ قال القاضى: قياس قول الخرقى أنه يتعلق بذمتها لأنه قال فى الأمة إذا خالعت زوجها بإذن سيدها يتبعها به إذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه وظاهر كلام أحمد أن الغرور إذا كان من الأمة لم يرجع على أحد فإنه قال: إذا جاءت الأمة فقالت: إنى حرة فولت أمرها رجلاً فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره يروى هذا عن على وإبراهيم وحماد وكذلك قال الشعبى وإن قلنا يتعلق بها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو تسليمها، فإن اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فإنه لا فائدة فى أن يوجبه عليه ثم يرده إليه، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب له وقال القاضى: إن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارنًا للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة وإن لم يكن كذلك لم يملك الفسخ، وهذا مذهب الشافعى والصحيح خلاف هذا فإن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا

---

(١٨) أثبتناه من نسخة «هـ».

هـهنا وجبت عليـهن العدة وهن حرائر وفى التى قبلها عـتقن فى أثناء العدة التى يمكن الزوج تلافى النكاح فيها وأشبهن الرجعية فإن أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج ولم يسقط بذلك حقهن من الفسخ لأن تركهن للفسـخ اعـتمـاد على جريانـهن لبينونة فلم يـتضـمن الرضى بالنكاح كالرجعـية إذا أعتقت وأخرت الفسـخ ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاختـرن الفسخ صح، لأنهن إماء عتقن تحت عبده وهذا ظاهر مذهب الشافـعى، وقال بعضهم: لا خيار لهن لأنه لا حاجة بهن إلى الفسـخ لكونه يحصل بإقامـتهن على الشـرك بخلاف التى قبلهـا وليس بصحـيح فإن السبب متـحقق وقد يبدو لهن الإسـلام وهو واجب عليهن، فـإن قـيل: فـإذا أسلمن اختـرن الفسخ، قلـنا: يتضررن بطول العدة فإن ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما إذا أسلمن وعتقن قبله.

فأما إن اخترن المقام وقلن قد رضينا بالزوج فذكر القاضى أنه يسقط خيارهن، لأنها حالة يصح فيـها اختيار الـفسخ فصح فيـها اختيار الإقـامة كحالة اجـتماعهم علـى الإسلام، وقال أصحاب الشافعى: لا يسـقط خيارهن لأن اختيارهن للإقامة ضـد للحالة التى هن عليها وهى جريانهن إلى البينونة فلم يصح كـما لو ارتدت الرجعية فراجعـها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما إذا قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها.

فـصل: وإذا أسلم الحر وتحته إماء فأعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقى لم يكن له أن يختـار من الإماء لأنه مالك لعـصمة حـرة حين اجـتماعهـا على الإسلام، وإن أسلمت

والظاهر أن العقد لم يقع هكـذا ولم تجربه العادة فى العقود ولا يجـوز قضاؤهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولأن الغـرر قد يكون من المرأة ولا لفظ لهـا فى العقد ولأنه متى أخـبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فـقد استضر بناء على قول المخبـر له والغار فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هذا إن كـان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه.

الفصل الخامس: أنه إن كان الزوج ممن يحرم عليه نكاح الإماء فإنه يفرق بينهما لأنا تبينا أن النكاح فاسد من أصله لعـدم شرطه وهكذا إن كان تزوجها بغير إذن سـيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فـهو فاسد يفـرق بينهما والحكم فـى الرجوع على ما ذكرنا وإن كـان ممن يجوز له نكاح الإماء وكانت الشرائط مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الخرقى وظاهر مذهب الشافـعى وقال أبو حنيفة: لا خيار له لأن الكفاءة غير معتبرة فى جانب المرأة ولأنه يملك الطلاق فيستغنى به عن الفسخ.

ولنا: أنه عقد غر فيـه أحد الزوجين بحرية الآخر فيثبت له الخـيار كالآخر، ولأن الكفاءة وإن لم تعتبـر فإن عليه ضرراً فى استـرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفـاءة فأما

إحداهن معه ثم أعتقت ثم أسلم البواقى فله أن يختار من الإماء لأن العبرة بحال الاختيار وهى حال اجتماعهم على الإسلام، وحالة اجتماعهما على الإسلام كانت أمة.

فصل: ولو أسلم وتحته أربع إماء وهو عادم للطول خائف للعنت فأسلمن معه فله أن يختار منهن واحدة، فإن كانت لا تعفه فله أن يختار منهن من تعفه فى إحدى الروايتين، والأخرى لا يختار إلا واحدة وهذا مذهب للشافعى وتوجيههما قد مضى فى ابتداء نكاح الإماء، وإن عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح فى الكل ولم يكن له خيار، وبهذا قال الشافعى وقال أبو ثور: له أن يختار منهن لأنه استدامة للعقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط له شروط العقد، فأشبه الرجعة.

ولنا: أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الإسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وكذوات محارمه، وأما الرجعة فهى قطع جريان النكاح إلى البينونة، وهذا إثبات النكاح فى امرأة، وإن كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن فى عدتهن فالحكم كذلك، وقال أبو بكر: لا يجوز له ههنا اختيار بل يَبِنّ بمجرد إسلامه لئلا يفضى إلى استدامة نكاح مسلم فى أمة كافرة.

ولنا: أن إسلامهن فى العدة بمنزلة إسلامهن معه، ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن فى عدتهن كان ذلك كإسلامهن معه، وإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن، سواء كن كتابيات أو غير كتابيات، لأنه لا يجوز له استدامة النكاح فى أمة كتابية.

الطلاق فلا يندفع به الضرر فإنه يسقط نصف المسمى والفسخ يسقطه جميعه فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها وإن رضى بالمقام معها فله ذلك لأنه يحل له نكاح الإماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لأن المانع من رقهم فى الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ولو وطئها قبل العلم فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لأنه وطئها معتقداً حريتها.

فصل: والحكم فى المدبرة وأم الولد والمعتق نصفها كالأمة القن لأنها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد يقوَّم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من أعتق بعضها إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه الافداء ما فيه من الرق لأن بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الواطئ فإن كانت مكاتبة فكذلك إلا أن مهرها لها لأنه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة قال أبو بكر: ويكون ذلك تستعين به فى كتابتها فإن كان الغرور منها فلا شىء لها إذ لا فائدة فى إيجاب لها يرجع به عليها وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ورجع به على من غره.

فصل: ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ويثبت بالبينة فإن أقرت أنها أمة فقال أحمد فى رواية أبى الحارث: لا يستحقها بإقرارها لأن إقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقًا على غيرها

فصل: ولو أسلم وهو واجد للطول فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار منهن لأن شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار، وهو وقت اجتماعهم على الإسلام وهو حينئذ عادم للطول خائف للعنت فكان له الاختيار، وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له الاختيار لذلك، وإن أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئًا لأن وقت الاختيار دخل بإسلام الأولى، ألا ترى أنه لو كان معسرًا كان له اختيارها فإذا كان موسرًا بطل اختياره، وإن أسلمت الأولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الأولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لأن الأولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختر حتى أيسر كان له أن يختار لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك فبغير حال لا يسقط ما ثبت له كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح.

فصل: فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختار من أسلمت معه لأن له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك إذا أسلمت وحدها، وإن أحب انتظار البواقي جاز لأن له غرضًا صحيحًا وهو أن يكون منهن من هي أبر عنده من هذه فإن انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازمًا وبان البواقي منذ اختلف الدينان، وإن أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين

فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها وقال في رواية حنبل: لا شيء حتى تثبت له أو تقر هي أنها أمته فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لأنها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير المزوجة والأول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية، لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى.

فصل: فإن حملت المغرور بها فضربها ضارب فألقت جنينًا ميتًا فعلى الضارب غرة لأنه محكوم بحريته ويرثها ورثته فإن كان الضارب أباه لم يرثه ولا يجب بذل هذا الولد لا بد لأنه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لأن الواطئ فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب ذلك له.

ويثبت له الخيار إذا ظنها حرة فبانت أمة كما إذا شرط ذلك وقال الشافعي: لا خيار له ووافقاه فيما إذا ظن أنها مسلمة فبانت كافرة أنه يثبت له الخيار وقال بعضهم: فيهما جميعًا قولان.

ولنا: أن نقص الرق أعظم ضررًا فإنه يؤثر في رق ولده ومنع كمال استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة.

9- مسألة: (وإن كان الغرور عبدًا فولده أحرار ويفديهم إذا أعتق ويرجع به على من غره).

الاختيار، وعددهن من حين الاختيار، وإن أسلم بعضهن دون بعض بان اللائى لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقى من حين اختيار، وإن اختار التى أسلمت معه حين أسلمت، انقضت عصمة البواقى وثبت نكاحها، فإن أسلم البواقى فى العدة تبين أنهن بن منه باختياره وعدتهن من حيئنذ، وإن لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه، وإن طلق التى أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها، وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحًا، لأن إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها، فأما إن اختار فسخ نكاحها لم يكن له، لأن الباقيات لم يسلمن معه، فما زاد العدد على ما له إمساكه فى هذه الحال، ولا ينفسخ النكاح ثم ننظر، فإن لم يسلم البواقى لزمه نكاحها، وإن أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقى والأولى معهن، وإن اختار الأولى التى فسخ نكاحها صح اختياره لها، لأن فسخه لنكاحها لم يصح، وفيه وجه آخر ذكره القاضى: أنه لا يصح اختياره لها لأن فسخه لنكاحها إنما لم يصح مع إقامة البواقى على الكفر حتى تنقضى العدة، لأننا نتبين أن نكاحها كان لازمًا فإذا أسلمن لحق إسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن فى ذلك الوقت، فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها، وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل إسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجود فى الثانى كالموجود سابقًا، كذلك هـهنا.

وذلك أن حكم العبد المغرور حكم الحر فى حرية أولاده، وقال أبو حنيفة: ولده رقيق، لأن أبويه ورقيق ولا يصح ذلك لأنه وطئها معتقداً حريتها فأشبه الحر فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية فى محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقًا فإن علة رق الولد رق الأم خاصة ولا عبرة بالأب بدليل ولد الحر من الأمة، وولد الحرة من العبد، وعلى العبد فداؤهم لأنه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له فى الحال فيخرج فى ذلك وجهان أحدهما: يتعلق برقبته كجنايته والثانى: بذمته يتبع به بعد العتق وهو قول الخرقى فيكون بمنزلة الخلع من الأمة إذا بذلته بغير إذن سيدها وتفارق الاستدانة والجناية لأنه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جناية منه وههنا لم يجن فى الأولاد جناية وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل لهم منهم عوض فيكون ذلك فى ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرمه فإنه لا ينبغى أن يجب له بذل ما لم يثبت عليه وأما الحرية فتتعجل فى الحال وإن قلنا: إن الفداء يتعلق برقبته وجب فى الحال ويرجع به سيده فى الحال ويثبت للعبد الخيار كثبوته للحر الذى يحل له نكاح الإماء لأن عليه ضرراً فى رق ولده ونقصًا فى استمتاعه فإنها لا تكون عنده ليلاً ونهاراً ولم ترض به ويحتمل أن لا يثبت له خيار لأنه نقص صفة لا ينقص بها عن رتبته فأشبه ما لو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لأنها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر وقال بعض الشافعية: لا خيار له، وقال بعضهم: فيه قولان، والأولى ما ذكرناه، وإذا اختار الإقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد، وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر، وإن كان بعده والنكاح بإذن سيده فالمهر واجب

فـصل: فإن أسلم وتحته إماء وحرة، ففيه ثلاث مسائل: **إحـداهن:** أسلم وأسلمن معه كلهن فإنه يلزم نكاح الحرة وينفسخ نكاح الإماء لأنه قادر على الحرة فلا يختار أمة، وقال أبو ثور له أن يختار، وقد مـضى الكلام معه، **والثانـية:** أسلمت الحرة معـه دون الإماء فقد ثبت نكاحها وانقطعت عصمة الإماء فـإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بن باختلاف الدين وابتداء عدتهن من حين أسـلم، وإن أسلمن فى عددهن بن من حين إسلام الحـرة وعددهن من حين إسلامها، فإن ماتت الحرة بعد إسلامها لم يتـغير الحكم بموتها، لأنه موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الإماء لا يؤثر فى إباحتهن، **الثالثة:** أسلم الإماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو إما أن تنقضى عدتها قبل إسلامها فـتبين باختلاف الدين، وله أن يختار من الإماء لأنه لم يقدر على الحرة أن يسلم فى عدتها فيثبت نكاحـها ويبطل نكاح الإماء كما لو أسلمن دفعة واحدة، وليس له أن يختار من الإماء قبل إسلامهـا وانقضاء عدتها لأننا لا نعلم أنها لا تسلم فإن طلق الحرة ثلاثًا قـبل إسلامـها ثم لم تسلم لم يقطع الطلاق لأنا تبـينا أن النكاح انفسخ باخـتلاف الدين وله الاختيار من الإماء وإن أسلمت فى عدتها بان أن نكاحها كان ثابتًا، وأن الطلاق وقع فيه والإماء بن بثبوت نكاحها قبل الطلاق.

فـصل: وإن أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ثم عتـق قبل إسلامها لم يكن له أن يختار منهن، لأن نكاح الأمة لا يجوز لقادر علـى حرة وإنما يعتبر حالهن حال ثبـوت الاختيار وهو

عليه، وفى الرجوع اختلاف ذكرناه فيما مضى، وإن كان بغير إذنه فالنكاح فاسد، فإن دخل بها ففى قدر ما يجب به وجهان **أحدهـما:** مهر المثل **والثـانى:** الخمسان وهل يرجع به؟ على وجهين.

10- **مسألة:** **(وإن تزوجت المرأة عبدًا على أنه حر أوظنته حرًا فبان عبدًا فلها الخيار)** .

أما النكاح فهو صحـيح وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافـعى لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحـة العقد كما لو تزوج أمـة على أنها حرة وهذا إذا كملت شـروط النكاح وكان بإذن سيده وإن كـانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليـست من شروط الكفاءة وإن فقـد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح، ولأن للمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء فإن اختارت فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة، وإن كانت أمة فينبغى أن يكون لها الخيار أيضًا لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غر من أمة ثبت للأمة إذا غرت بـعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد به فـفرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لهـا وإن كان بعده فلها مهر المثل أو المسمـى على ما قدمنا من الاختلاف، وكل موضع فـسخ النكاح مع القول بصـحته قـبل الدخول فلا شىء لـها وإن كان بعـده فلها المسمى لأنه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق.

فـصل: فإن غرها بنسب فبان بدونه وكان ذلك مـخلاً بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار، فإن اخـتارت الإمضاء فلأوليائهـا الاعتراض عليها وإن لم تخل بالكفاءة فـلا خيار لها

حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن، ثم ننظر فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن فلا يختار إلا واحدة اعتبارًا لحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن، وإن أسلمت فى عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتهن فإنْ كان قد اختار واحدة من المعتقات فى عدة الحرة لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لأن الاختيار لا يكون موقوفًا، فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر، فإن كان جميع الزوجات أربعًا فما دون ثبت نكاحهن، وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعًا وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر فى حالة الاختيار وهى حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الأصليات، وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم فى هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله.

فصل: ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما، لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لانتظار البواقى فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقى لزمه نكاح الثانية، وكذلك إن لم يسلم من البواقى إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع، وإن أسلم الجميع فى العدة كلف أن يختار ثلاثًا مع التى اختارها أولاً وينفسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين، وإن أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن، إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال، ويحتمل

لأن ذلك ليس بمعتبر فى النكاح فأشبه ما لو شرطته ففيها فبان بخلافه وكذلك إن اشترطت غير النسب فإن كان مما يعتبر فى الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير بمكافئ لها فى النسب وإن لم يعتبر فى الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك فلا خيار لها لأن ذلك مما لا يؤثر فى النكاح فلا يؤثر اشتراطه وذلك أنه إذا بان نسبه دون ما ذكره وجه فى ثبوت الخيار لها وإن لم تخل بالكفاءة والأولى ما ذكرناه.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **(وإن عتقت الأمة وزوجها حر فلا خيار لها فى ظاهر المذهب).**

هذا قول ابن وعمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبى قلابة وابن أبى ليلى ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق، وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعى وحماد بن أبى سليمان والثورى وأصحاب الرأى: لها الخيار لما روى الأسود عن عائشة أن النبى ﷺ خير بريرة وكان زوجها حرًا[23] رواه النسائى، ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبدًا، وروى عن أحمد ذلك.

ولنا: أنها كافأت زوجها فى الكمال فلم يثبت لها الخيار، كما لو أسلمت الكتابية تحت المسلم فأما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بريرة كان

---

(23) أخرجه النسائى فى «سننه» (٥/ ح ٢٦١٣) وإسناده صحيح.

أن لا يجبر على الاختيار لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك، وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الإماء لم يجبر على اختيارها كذا هـهنا والصحيح هـهنا، أن يجبر على اختـيارها لما ذكـرنا من المعنى، وأمـا الأمة فقـد يكون له غرض فى اختـيار غيـرها بخلاف مسألتنا.

عـبـدًا(*) وهما أخص بها من الأسود لأنـهما ابن أخيها وابن أختـها، وقد روى الأسود عن إبراهيم عن عروة عن عائشة أن زوج بريرة كان عبدًا فـتعارضت روايتاه، وقال ابن عباس: كان زوج بريرة عبدًا أسود لبنى المغيرة يقـال له: مغيث، رواه البخارى وغيره(24) وقالت صـفية بنت أبى عبيد: كان زوج بريرة عبدًا، قال أحـمد: هذا ابن عباس وعائشة قالا فى زوج بريرة: إنه عبد برواية علماء المدينة وعملهم، وإذا روى أهل المدينة حديثًا وعملوا به فهو أصح شىء وإنما يصح حـرًا عن الأسود وحده، فأمـا غيره فليس بذاك، قـال: والعقد صحـيح لا يفسخ بالمختلف فيـه، والحر فيه اختلاف، والعبـد لا اختلاف فيه، ويخالف الحر العـبد لأن العبد ناقص، فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر.

11- مـسألة: (وإن كان عبدًا فلها الخيار فى فسخ النكاح).

أجمع أهل العلم على هذا، ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما، والأصل فيه حديث بريرة قالت عـائشة: كاتبت بريرة فخـيرها رسول الله ﷺ فى زوجهـا وكان عبدًا فـاختارت نفسها، قال عروة: ولو كان حرًا ما خيرها، رواه مالك وأبو داود والنسائى(25)، ولأن عليها ضررًا فى كونها حرة تحت العـبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حـر فبان عبدًا، فإن اخـتارت الفسخ فلها فـراقه وإن رضيت المـقام معه لم يكـن لها فراقه بعـد ذلك، لأنها أسقطت حقها، وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله.

12- مـسألة: (ولها الفسخ بنفسها من غير حاكم) لأنه فسخ مجمع عليه غير مجتهد فيه فلا يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب فى المبـيع بخلاف خيار العيب فى النكاح فإنه مجتهد فيه فافتقر إلى حكم الحاكم كالفسخ للإعـسار، وروى الحسن عن عمرو بن أمية قال: سمعت رجالاً يتحدثون عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا أعتقت الأمة فهى بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارقت، فإن وطئها فلا خيار لها»(26) رواه الإمام أحمد فى المسند.

فـــصل: فإن اختـارت الفراق كان فسـخًا ليس بطلاق، وبهذا قال أبو حنيـفة والثورى والحسن بن صالـح والشافـعى، وذهب مـالك والأوزاعى والليث إلى أنه طلاق بائن، قـال

(*) أخرجه أبو داود (٢/ ح ٢٢٣٤) ومسلم أيضًا من طريق يزيد بن رومان عن عائشة.

(24) أخرجه البخارى فى كتاب «الطلاق» (٩/ ح٥٢٨٢/ فتح) النسائى (٨/ ح٥٤٣٢).

(25) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٢٥/ ٥٦٢) وأبو داود (١٢/ ٢٢٣٣).

(26) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٤/ ٦٥) من طريق ابن لهيعة وإسناده ضعيف.

١١٧١- **مسألة:** قال: (**وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهى زوجته، وإن كانت هى المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها**).

وجملة ذلك أنه إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معًا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيًا أو غير كتابى، لأن للمسلم أن يبتدئ نكاح كتابية فاستدامته أولى ولا خلاف فى هذا بين القائلين بإجازة نكاح الكتابية فأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيًا أو غير كتابى، إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم(١٩)، وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم فإذا كانت هى المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها، لأن الفسخ منها، وقد مضى الكلام فى هذا أيضًا بما فيه كفاية.

فصل: وإذا تزوج المجوسى كتابية ثم ترافعا إلينا قبل الإسلام فرق بينهما، قال أحمد فى مجوسى تزوج كتابيه بحال بينه وبينها، قيل: من يحول بينه وبين ذلك؟ قال: الإمام، ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وإن لم يترافعا إلينا، لأنها أعلى دينًا منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذمى نكاح المسلمة، وإن تزوج الذمى وثنية أو مجوسية ثم ترافعوا إلينا ففيه وجهان: **أحدهما:** يقر على نكاحها لأنها ليست أعلى دينًا منه فيقر على نكاحها كما يقر المسلم على

مالك: إلا أن تطلق نفسها ثلاثًا فتطلق ثلاثًا، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثًا فلم يبلغنا أن أحدًا من الصحابة أنكر ذلك، ولأنها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل.

ولنا قول النبى ﷺ: «الطلاق لمن أخذ بالساق»(27) وأنها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخًا، كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من ينفسخ نكاحه برضاعها، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره فى الصحابة، فعلى هذا لو قالت: اخترت نفسى أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسى ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ، لأنه يؤدى معناه فصلح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق.

13- **مسألة:** (**فإن أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها**).

أما إذا أعتق الزوج قبل خيارها سقط، لأن الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيبه، وهذا أحد قولى الشافعى، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد واختاره الخرقى، وروى ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة ونافع والزهرى وقتادة، وحكاه بعض أهل العلم عن فقهاء الشيعة، وذكر القاضى أن لها الخيار إذا لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق، لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها لم يوجد منها يدل على الرضى

---

(١٩) انظر كتاب النكاح فى الإجماع لابن المنذر (ص ٧٦).

(27) تقدم برقم (٩) مسألة (٤٢١).

نكاح الكتـابية، والثـاني: لا يقر على نكاحها لأنها ممن لا يقـر المسلم على نكاحها فلا يقر الذمى على نكاحها كالمرتدة.

١١٧٢ - مسألة: قال: **(وما سمى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره، وإن كان حرامًا ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك)**.

وجملته: أن الكفار إذا أسلموا وتحاكموا إلينا بعد العقد والقبض لم نتعرض إلى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالاً كان أو حرامًا، بدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ (البقرة: ٢٧٨) فأمر بترك ما بقى دون ما قبض وقال تعالى: ﴿فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ (البقرة: ٢٧٥) ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم فى الحرام ففيه تنفيرهم عن الإسلام فعفى عنه كما عفى عما تركوه من الفرائض والواجبات، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا بيعًا فاسدًا وتقابضا، وإن لم يتقابضا فإن كان المسمى حلالاً وجب ما سمياه، لأنه مسمى صحيح فى نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم، وإن كان حرامًا كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به، لأن ما سمياه لا يجوز إيجابه فى الحكم ولا يجوز أن يكون صداقًا لمسلمة ولا فى نكاح مسلم ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول،

فهو كما لو لم تصب، ووجه الأول ما تقدم من حديث عمرو بن أمية، وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة لبنى عدى يقال لها زَبْراءُ أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت قالت: فأرسلت إلى حفصة فدعتنى فقالت: إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك، وإن مسك فليس لك من الأمر شيء، فقلت: هو الطلاق ثم الطلاق فـفارقته ثلاثًا(28)، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن لها الخيار ما لم يمسها، ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول، فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهى ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها فى بلد آخر فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم ذلك، وإن كانت ممن لا يخفى عليها لكونهما فى بلد واحد واشتهر ذلك لم يقبل قولها لأنه خلاف الظاهر، وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها، لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس فالظاهر صدقها وللشافعى فى قبول قولها قولان.

14- مسألة: **(وخيار المعتقة على التراخى ما لم يوجد منها ما يدل على الرضى ولا يمنع الزوج وطأها)**.

وممن قال: إنه على التراخى مالك والأوزاعى، وروى ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهرى وقتادة، وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين: لها

---

(28) أخرجه مالك فى الموطأ من كتاب الطلاق (٢/ ٢٦/ ٥٦٢) وإسناده صحيح.

ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول، وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف.

وقال أبو حنيفة: إن كان صداقها خمراً أو خنزيراً معينين فليس لها إلا ذلك، وإن كانا غير معينين فلها فى الخمر القيمة وفى الخنزير مهر المثل استحساناً.

ولنا: أن الخمر لا قيمة لها فى الإسلام، فكان الواجب مهر المثل، كما لو أصدقها خنزيراً، ولأنه محرم فأشبه ما ذكرنا.

فصل: وإن قبضت بضع الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قُبض ووجب بحصة ما بقى من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبلت خمساً منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل فى أحد الوجهين، لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه.

والثانى: يقسم على عددها، لأنه لا قيمة لها فاستوى صغيرها وكبيرها، وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان: **أحدهما:** يقسم على عددها لما ذكرنا، **والثانى:** يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد، وإن أصدقها كلباً وخنزيرين وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها:** يقسم على قدر قيمتها عندهم، **والثانى:** يقسم على عدد الأجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر، **والثالث:** يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس

الخيار فى مجلس العلم، وللشافعى ثلاثة أقوال أظهرها كقولنا، **والثانى:** أنه على الفور كخيار الشفعة، **والثالث:** أنه إلى ثلاثة أيام.

ولنا: ما روى الإمام أحمد بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال: سمعت رجالاً يحدثون عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا أعتقت الأمة فهى بالخيار ما لم يطأها، إن شاءت فارقته وإن وطئها فلا خيار بها» ورواه الأثرم أيضاً، وروى أبو داود أن بريرة عتقت وهى عند مغيث عبد لآل بنى أحمد فخيرها النبى ﷺ وقال لها: «إن قربك فلا خيار لك» ولأنه قول من سمينا من الصحابة، قال ابن عبد البر: لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفاً من الصحابة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فثبت الخيار كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلنا.

15- مسألة: (فإن كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت أو عقلت).

ولا خيار لهما فى الحال لأنه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما ليس له هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فإذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ، لكونهما صارا على صفة لكل منهما حكم، وهكذا الحكم لو كان عند زوجتيهما عيب يوجب الفسخ، فإن كان زوجاهما قد وطئاهما فظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار لهما فإن مدة الخيار انقضت، وعلى قول القاضى وأصحابه لهما الخيار،

المهر فللكلب سدسه ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعى فيه على نحو من هذا.

فصل: فإن نكحها نكاحًا فاسدًا وهو ما لا يقرون عليه إذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسلما قبل الدخول أو ترافعوا إلينا فرق بينهما ولا مهر لها، قال أحمد فى المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترفع إلى المسلمين بطلب مهرها لا مهر لها، وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه فى الإسلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول، فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل؟ يخرج على الروايتين فى المسلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة.

فصل: إذا تزوج ذمى ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره، فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده فلها مهر المثل كما فى نكاح المسلمين، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: إن تزوجها على أن لا مهر لها، فلا شىء لها وإن سكت عن ذكره ففيه روايتان: **إحداهما:** لا مهر لها، **والأخرى:** لها مهر المثل، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها، وقد أسقطت حقها والذمى لا يطالب بحق الله تعالى.

ولنا: أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة، وإنما وجب المهر فى حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة، وهذا يوجد فى حق الذمى.

فصل: إذا ارتفعوا إلى الحاكم فى ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل: ﴿**وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ**﴾ (المائدة: ٤٢) وقوله: ﴿**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ**﴾ (المائدة: ٤٩) ولأنه لا حاجة إلى عقده بخلاف ذلك، وإن أسلموا وترافعوا إلينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ونظرنا فى الحال فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرهما، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمة فرق بينهما

لأنه لا أرى لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلاً على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة، ولا يمنع زوجاهما من وطئهما.

16- مسألة: (وإن طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق وبطل خيارها).

لأنه طلاق من زوج جائز التصرف فى نكاح صحيح فيقدم كما لو لم يعتق، وقال القاضى: طلاقه موقوف، فإن اختارت الفسخ لم يقع، لأنه يتضمن إبطال حقها من الخيار وإن لم تختر وقع، وللشافعى قولان كهذين الوجهين وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ أسند إلى حالة العتق فيكون الطلاق واقعًا فى نكاح مفسوخ، وكذلك إن طلق الصغيرة أو المجنونة بعد العتق.

ولنا: أنه طلاق من زوج مكلف مختار فى نكاح صحيح، فوقع كما لو طلقها قبل عتقها، أو كما لو يختر، والفسخ إنما يوجب الفرقة من حينه، لأنه سببها ولا يجوز تقديم الفرقة عليه

فإن تزوج معتدة وأسلما أو ترافعا فى عدتها فرق بينهما، لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها، وإن كان بعد انقضائها أقر الجواز ابتداء نكاحها، وإن كـان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه، لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فإن كان فى المدة فهما لا يعتقدان تأبيده والنكاح عقد مؤبد إلا أن يكونا ممن يعتقدان فساد الشرط وصحة النكاح مؤبدًا فيقران عليه، وإن كـان بينهما نكاح شرطه فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرا عليه، لأنهما لا يعتقدان لزومه إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده وإن كـان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك، وإن كـان بعدها أقرا لأنهما يعتقدان لزومه، وكل ما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا، فلو مهر حربى حربية فوطئها أو طاوعته ثم أسلما فإن كان ذلك فى اعتقادهم نكاحًا أقرا عليه، لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولى، وإن لم يعتقده نكاحًا لم يقرا عليه.

فصل: وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والإيلاء ووجوب المهر والقسم والإباحة للزوج الأول والإحصان، وغير ذلك، وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبى والنخعى والزهرى وحماد والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك.

ولنا: أنه طلاق من بالغ عاقل فى نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم، **فإن قيل**: لا نسلم صحة أنكحتهم، **قلنا**: دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال: ﴿**وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ**﴾ (المسد: ٤) وقال: و ﴿**مْرَأَتُ فِرْعَوْنَ**﴾ (القصص: ٩) وحقيقة الإضافة تقتضى زوجية صحيحة، وقال النبى ﷺ: «ولدت من نكاح لا من سفاح»(٢٠) وإذا ثبت صحتها ثبتت

إذ الحكم لا يتقدم سببه، ولأن العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق، وما سبقه من الوطء وطء فى نكاح صحيح يثبت به الإحصان والإحلال للزوج الأول، ولو كان الفسخ سابقًا لانعكست الحال، قول القاضى: إنه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح، فإن الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع وجوب نصف المهر وتقصير العدة عليها فإن ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ثم لو كان مبطلاً لحقها لم يقع، وإن لم يختر الفسخ كما لا يصح تصرف المشترى فى المبيع فى مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ، وهذا فيما إذا كان الطلاق بائنًا فإن كـان رجعيًا لم يسقط خيارها على ما نذكر فيما بعد، فعلى قولهم إذا طلقت قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها، لأنها بانت بالفسخ، وإن لم تفسخ فلها نصف الصداق، لأنها بانت بالطلاق.

17- **مسألة:** (وإن أعتقت الأمة الرجعية فلها الخيار).

لأن نكاحها باق يمكن فسخه، ولها فى الفسخ فائدة فإنها لا تأمن رجعته إذا لم تفسخ، **فإن قيل**: فتفسخ حينئذ، **قلنا**: إذًا تحتاج إلى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق، والفسخ لا

---

(٢٠) تقدم برقم (١) من كتاب «النكاح».

أحكامها كأنكحة المسلمين، فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثًا ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلما لم يقرا عليه، وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهى عنده على ما بقى من طلاقها، وإن نكحها كتابى وأصابها حلت لمطلقها ثلاثًا سواء كان المطلق مسلمًا أو كافرًا، وإن ظاهر الذمى من امرأته، ثم أسلما فعليه كفارة الظهار، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ (المجادلة: ٣) وإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ (البقرة: ٢٢٦).

فصل: ويحرم عليهم فى النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا فى الباب قبله إلا أنهم يقرون على الأنكحة المحرمة بشرطين: **أحدهما**: أن لا يترافعوا إلينا، **والثانى**: أن يعتقدوا إباحة ذلك فى دينهم لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا﴾ (المائدة: ٤٢) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لم يجيئوا إلينا، ولأن النبى ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر(٢١)، ولم يعترض عليهم فى أحكامهم ولا فى أنكحتهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقد روى عن أحمد فى المجوسى تزوج نصرانية قال: يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما؟ قال الإمام، قال أبو بكر: لأن علينا ضررًا فى ذلك يعنى بتحريم أولاد النصرانية علينا وهكذا يجىء على قوله فى تزويج النصرانى المجوسية ويجىء على هذا القول أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم، فإن عمر رضي الله عنه كتب: أن فرقوا بين كل ذى محرم من المجوس(٢٢) وقال أحمد فى مجوسى ملك أمة نصرانية: يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها، لأن النصارى لهم دين، فإن ملك نصرانى مجوسية فلا بأس أن يطأها، وقال أبو بكر عبد العزيز: لا يجوز له وطؤها أيضًا لما ذكرناه من الضرر.

ينافيها فهو كما لو طلقها طلقة أخرى وتبنى على عدة حرة لأنها عتقت فى عدتها وهى رجعية.

18- **مسألة:** (فإن اختارت المقام فهل يبطل خيارها؟ على وجهين).

أحدهما: لا يبطل وهو قول الشافعى، لأنها جارية إلى بينونته **والثانى**: يبطل اختيارها لأنها يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح وهو اختيار شيخنا، وإن لم تختر شيئًا لم يبطل خيارها، لأنه على التراخى، ولأن سكوتها لا يدل على رضاها، لأنه يحتمل أنه كان تحريا بها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك، فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ وإن

---

(٢١) أخرجه البخارى فى كتاب «الجزية» (٦/ ح٣١٥٧/ فتح). وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٠٤٣) ومالك فى «الموطأ» (١/ ٤٢/ ٢٧٨) وقال ابن حجر فى الفتح (٦/ ٣٠٢) وهذا منقطع، وأحمد فى «مسنده» (١/ ١٩٠، ١٩١) مع ثقة رجاله.

(٢٢) أخرجه البخارى فى كتاب «الجزية» (٦/ ح٣١٥٦/ فتح) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٠٤٣) من كتاب «الخراج» الإمارة والغنى، وأحمد فى «مسنده» (١٦٥٧).

١١٧٣- **مسألة:** قال: (**ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها، وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك إلا أن عليه نصف المهر**).

وجملة ذلك: أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم، إلا أنه حكى عن داود أنه لا ينفسخ بالردة لأن الأصل بقاء النكاح.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: ١٠) وقال تعالى: ﴿فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ (الممتحنة: ١٠) ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة فأوجب فسخ النكاح، كما لو أسلمت تحت كافر، ثم ينظر فإن كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها، لأن الفسخ من قبلها، وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر، لأن الفسخ من جهته، فأشبه ما لو طلق، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل.

١١٧٤- **مسألة:** قال: (**وإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد(*) فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان**).

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي إحداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك، وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر، لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع، **والثانية**: يقف على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان، وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ تقع به الفرقة، فإذا وجد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الإصابة فلا يوجب فسخه في الحال

فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة، لأن طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن عتق رجعت معه على طلقتين، لأنه صار حرّا فملك ثلاث طلقات كسائر الأحرار.

19- **مسألة:** (**ومتى اختارت المعتقة الفسخ بعد الدخول فالمهر للسيد**).

وجملة ذلك أن المعتقة متى اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد، وكذلك إن اختارت الفسخ بعد الدخول، لأنه وجب بالعقد، وإن اختارت المقام ولم يوجد له مسقط فإن فسخت بعد الدخول فقد استقر المهر بالدخول فلم يسقط بشيء وهو للسيد في الحالين، لأنه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده، وقال أصحاب الشافعي: إن كان الدخول قبل العتق فكذلك، وإن كان بعده الواجب مهر المثل.

ولنا: أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ وأوجب المسمى

(*) في نسخة: هو المرتد بعد الدخول.

كإسلام الحربية تحت الحربى، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع، فأما النفقة فإن قلنا: بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لأنها بائن منه، وإن قلنا: يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها، لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافى نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة، وإن كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة، لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافى نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية.

فصل: فإن ارتد الزوجان معًا فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما، إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وإن كان بعده فهل تتعجل أو يقف على انقضاء العدة؟ عل روايتين وهذا مذهب الشافعى، قال أحمد فى رواية ابن منصور: إذا ارتدا معًا أو أحدهما ثم تابا أو تاب فهو أحق بها ما لم تنقض العدة، وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح استحسانًا، لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبه ما لو أسلما.

ولنا: أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما، ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كما له، وما ذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية، فإن نكاحهما ينفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة.

فصل: وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معًا منع وطأها، فإن وطئها فى عدتها وقلنا: إن الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذى يثبت عليه بالنكاح، لأنه وطئ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها، وإن قلنا: إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعًا فى عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء، لأنا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهى زوجته، وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء، لأنه وطء فى غير نكاح يشبه النكاح لأننا تبينا أن

كما لو لم يفسخ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأنها حرة حينئذ، قولهم: إن الوطء فى نكاح فاسد غير صحيح، لأنه كان صحيحًا ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء فى النكاح الصحيح من الإحلال للزوج الأول وكونه حلالاً.

20- مسألة: (وإن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها).

نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعى، وعن أحمد أن للسيد نصف المهر اختاره أبو بكر، لأنه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره.

ولنا: أن الفرقة جاءت من قبلها فيسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها، وقوله: وجب للسيد، قلنا: لكن بواسطتها، ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه بإسلامه وردتها.

فصل: ولو كانت مفوضة ففرض مهر المثل فهو للسيد أيضًا، لأنه وجب بالعقد فى ملكه

الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان، وهكذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها فى العدة قبل إسلام الآخر، فالحكم فيه مثل الحكم ههنا لما ذكرنا من التعليل فيه.

فصل: وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن لم يسلم الآخر فى العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما، وإن أسلم الآخر منهما فى العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد، لأن حكم اختلاف الدين بإسلام الأول زال بإسلام الثانى فى العدة، ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن، لأنه لا يجوز أن يبتدئ العقد عليهن فى هذه الحال، وكذلك لو ارتددن دون أو معه لم يكن له أن يختار منهن ذلك.

فصل: فإذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه فى الإسلام مثل أن جمع بين الأختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثًا ثم أسلما لم يكن له أن ينكحها لأننا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه فى النكاح فكذلك فى الطلاق، ولهذا جاز له إمساك الثانية من الأختين والخامسة المعقود عليها آخراً.

١١٧٥- **مسألة:** قال: **(وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وإن سموا مع ذلك صداقًا أيضًا)**.

هذا النكاح يسمى الشغار فقيل: إنما سُمِّيَ شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول

لا بالفرض، ولذلك لو مات أحدهما وجب، والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد وإن كان الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى ينبغى أن تجب المتعة لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول فى موضع لو كان مسمى وجب نصفه.

21- **مسألة:** **(وإن أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها)**.

وقال أبو بكر: لها الخيار، لأن عتق المعسر لا يسرى بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ، وهذا قول الشافعى، وعن أحمد أن لها الخيار، حكاها أبو بكر واختارها، لأنها أكمل منه فإنها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الخرية، ووجه الرواية الأولى أنه لا نص فى المعتق بعضها ولا هى فى معنى الحرة الكاملة، لأن الحرة كاملة الأحكام، ولأن العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه، وهذه مختلف فيها، وعن أحمد ﷺ إذا عتقت وزوجها حر بهذه العلة، فأما إن كان المعتق موسراً سرى إلى باقيها فعتقت كلها وثبت لها الخيار.

فصل: ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها فى مرضه بعد الدخول بها ثم مات ولم يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت، لأنها تخرج من الثلث وإن لم يكن قبضه عتق فى الحال ثلثها، وفى الخيار لها وجهان، فكلما اقتضى من مهرها شيئًا عتق منها بقدر ثلثه فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل

فى القبح يقـال: شغر الكلب إذا رفع رجله ليبـول، وحكى عن الأصمعى أنه قـال: الشغار: الرفع، فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد، ولا تختلف الرواية عن أحمد فى أن النكاح الشغار فاسـد، رواه عنه جماعة قال أحمد: وروى عن عمر وزيد بن ثـابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافـعى، وحكى عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهرى والثورى أنه يصح وتفسد التسمـية ويجب مهر المثل، لأن الفساد من قبل المهـر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك.

ولنا: ما روى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه(٢٣)، وروى أبو هريرة مـثله، أخرجه مـسلم(٢٤)، وروى الأثرم بإسناده عن عـمران بن حصـين أن رسول الله ﷺ قـال: «لا جَلَب ولا جَنَب ولا شـغار فى الإسـلام»(٢٥) ولأنه جـعل كـل واحـد من

ذلك، فإن كان زوجها وطئها قبل استيفـاء مهرها بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ، لأنها أسقطتـه بتمكينه من وطئها، وعلى قـول الخرقى: لا يبطل، لأنها مكنتـه منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها، فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على

---

(٢٣) أخرجه البخارى فى كتاب النكاح (٩/ ح٥١١٢/ فـتح) وفيه زيادة «والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجـه الآخر ابنتـه ليس بينهمـا صداق». ومـسلم فى «النكاح» (٢/ ٥٩/ ١٠٣٥) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٧٤) والتـرمذي فى «سننه» (٣/ ح١١٢٤) والنسـائى فى «سننه» (٦/ ح٣٣٣٤) من «كتـاب النكاح» والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢١٨٠) ومالك فى الموطأ (٢/ ٢٤/ ٥٣٥) وأحـمد فى مسنده (٢/ ٧، ١٩، ٦٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٩٩).

(٢٤) أخرجه مسلم فى «كتاب النكاح» (٢/ ٦١/ ١٠٣٥) وزاد ابن نمير: والشغار: أن يقول الرجل للرجل زوجنى ابنتك وأزوجك ابـنتى أو زوجنى أخـتك وأزوجك أخـتى، والنسـائى فى «سننه» (٦/ ١١٢/ ٣٣٣٨).

(٢٥) أخـرجه النسـائى فى «كـتاب الحـيل» (٦/ ٢٢٨/ ٣٥٩٣) وإسناده صـحيـح، وفى «كتـاب النكاح» (٦/ ١١١) وفيه زيادة «من انتهب نهبـة فليس منا» وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٤٢٩، ٤٤١، ٤٤٣) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٥٨١) وليس فيـه «ولا شغار فى الإسـلام» وإسناده صحيح، والتـرمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٢٤) وقال أبو عـيسى: هذا حديث حـسن صحيـح، «لا جلب ولا جنب» قال فى النهاية: الجلب يكون فى شقين: أحدهـما: فى الزكاة وهو أن يقدم المصـدق على أهل الزكاة فينزل موضعًـا ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليـأخذ صدقتهـا فنهى عن ذلك، وأمر أن تؤخذ صدقـاتهم مياههم وأمـاكنها. والثـانى: فى السياق وهو أن يتبع الرجل فرسـه فيزجره ويجلب عليه ويصبح حقًا له على الجرى فنهى عن ذلك. «والجنب»: فى الزكاة هو أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ثم يأمر بالأموال أن تجنب إليه أى تحضر، وقيل: هو أن يجنب رب المال بماله أى يبعده عن مـوضعه حتى يحتاج الـعامل إلى الإبعاد فى طلبه، وإن الجنب فى السيـاق أن يجنب فرسًا إلى فرسه الذى سابق عليه فإذا فتر المركوب يتحول إلى المجنوب. اهـ. من هامش النسائى «سندى/ سيوطى».

العقدين سلفًا فى الآخر فلم يصح، كما لو قال: بعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى، وقولهم: إن فساده من قبل التسمية، قلنا: لا بل إفساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد، أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهرًا للأخرى فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول: على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك، وقال الشافعى: هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقًا لما روى ابن عمر: أن النبى ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يقول الرجل للرجل: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى.

ولنا: ما روى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق، هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه، وفى حديث أبى هريرة «والشغار أن يقول الرجل للرجل: زوجنى ابنتك وأزوجك ابنتى أو زوجنى أختك وأزوجك أختى، رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما، بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأى ذلك كان، ولأنه إذا شرط فى نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد كما لو لفظ به، فأما إن سموا مع ذلك صداقًا فقال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتى مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه صحته، وهو قول الشافعى، لما تقدم من حديث ابن عمر، ولأنه قد سمى صداقًا فصح كما لو لم يشترط ذلك، وقال الخرقى: لا يصح لحديث أبى هريرة، ولما روى أبو داود عن الأعرج «أن العباس ابن عبيد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جعلا صداقًا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما، وقال فى كتابه: «هذا

قول الخرقى، لأن فسخها للنكاح سقط به صداقها فيعجز الثلث عن كمال قيمتها ورق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضى إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط، وهذا مذهب الشافعى وعند أبى بكر لها الخيار، فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر يعتق ثلثاها إذا استوفى، وعلى قول من أسقط يعتق ثلثها.

فصل: وإن أعتق زوج الأمة لم يثبت لها خيار، لأن عدم الكمال فى الزوجة لا يؤثر فى النكاح، ولذلك لا تعتبر الكفاءة إلا فى الرجل دون المرأة، فلو تزوج امرأة مطلقًا فبانت أمة لم يكن له الخيار، ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقًا فبان عبدًا فلها الخيار فكذلك فى الاستدامة، لكن إن أعتق ووجد طول الحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين مضى ذكرهما.

فصل: إذا أعتقت الأمة فقالت لزوجها: زدنى فى مهرى ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حرًا أو عبدًا وسواء عتق معها أو لم يعتق، نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده أو أمته ثم أعتقا جميعًا، فقالت الأمة: زدنى فى مهرى فالزيادة للأمة لا للسيد، فقيل:

الشغـار الذى نهى عنه رسول الله ﷺ [٢٦]، ولأنه شرط نكاح إحداهمـا لنكاح الأخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقًا، يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد، ولأنه سلف فى عقد فلم يصح كما لو قال: بعتك ثوبى بعشرة على أن تبيعنى ثوبك بعشرين، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك، فأما إذا قال: زوجـتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ومـهر كل واحدة منهـما مـائة وبضع الأخرى فالنكاح فاسد، لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى.

فـصل: ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقًا ففيه وجهان: **أحدهما:** تفسد التسمية، ويجب مهر المثل وهـذا قول الشافعى، لأن كل واحد منهما لم يرض بـالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليه صاحـبه فينقص المهر لهـذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضـمان النقص صار المسمى مجـهولاً فبطل، والوجه الذى ذكره القاضى فى الجامـع أنه يجب المسمى، لأنه ذكر قدرًا معلومًا يصح أن يكون مهرًا فـصح كما لو قال: زوجتك ابنتى على ألف على أن لى منها مائة والله أعلم.

فـصل: وإن سمى لإحداهما مهرًا دون الأخرى فقـال أبو بكر: يفسد النكاح فيهما، لأنه فسد فى إحداهما ففسد فى الأخرى والأولى أنه يفسد فى التى لم يسم لها صداقًا، لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون فى التى سمى لها صـداقًا روايتان، لأن فيه تسمية وشرطًا، فأشبه ما لو سمى لكل واحدة منهما مهرًا ذكره القاضى هكذا.

أرأيت إن كان الزوج لغيـر السيد لمن تكون الزيادة؟ قال: للأمة، وعلى قيـاس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها فى مهرها فالزياد للثانى، وقال القاضى: الزيادة لسيد المعتق فى الموضـعين على قـياس المذهب، لأن من أصلـنا أن الزيادة فى الصداق تلحق بالعـقد الأول فيكون كالمذكور فيه، قال شيخنا: والذى قلنا أصح، لأن الملك فى الزيادة حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها كسبها والموهوب لها، وقولنا: إن الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقًا وليس معناه أنا تبينا أن الملك كان ثابتًا فيها وكان لسيدها، فإنَّ هذا محال، لأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه، لأنه يؤدى إلى تقـدم الحكم قبل سبـبه، ولو كان الملك ثابتـا للمعتق فيـه حين التزويج لزمته زكاته وكان له نماؤه، وهذا أظهر من أن نطيل فيه.

22- مـسألة: (وإن عتق الزوجان معًا فلا خيار لها وعنه ينفسخ نكاحهما) .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى ذلك فالمشهور عنه أنه لا خيار لها والنكاح بحاله سواء أعتقهما واحد أو اثنان نص عليه أحـمد وعنه لها الخيار، لأنها كملت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية فـملكت الفسخ كما لو عتقت قبله، والأول أولـى لأن حرية العبد لو طرأت

---

(٢٦) أخرجه أبو داود فى «كتاب النكاح» (٢/ ح٢٠٧٥) وإسناده حسن.

فصل: فإن قال: زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتها صداقًا لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقًا سوى تزويج ابنته، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقًا لها صح، لأن الجارية تصلح أن تكون صداقًا، وإن زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقًا لها لم يصح الصداق، لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح ويجب مهر المثل.

١١٧٦- **مسألة:** قال رحمه الله تعالى: **(ولا يجوز نكاح المتعة).**

معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول: زوجتك ابنتي شهرًا أو سنة أو إلى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل نص عليه أحمد فقال: نكاح المتعة حرام، وقال أبو بكر: فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام، لأن ابن منصور سأل أحمد عنها فقال: يجتنبها أحب إلي، قال: فظاهر هذا الكراهة دون التحريم، وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول: في المسألة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء، وممن روى عنه تحريمها عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير، قال ابن عبد البر: وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والأوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر: يصح النكاح ويبطل الشرط.

بعد عتقها منع فإذا قارنت كان أولى أن يمنع كإسلام الزوجين، وعنه رواية ثالثة: إن أعتقا انفسخ نكاحهما، لأن العتق معنى يزيل الملك عنهما لا إلى مالك فجاز أن تقع به الفرقة كالموت، ولأنه لا يمتنع أن لا تحصل الفرقة بوجوده من أحدهما أو تحصل بوجوده منهما كاللعان والإقالة في البيع، قال شيخنا: معناه ـ والله أعلم ـ أنه إذا وهب لعبده سرية وأذن له في التسرى بها ثم أعتقهما جميعًا صارا حرين وخرجت عن ملكه فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد، هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب عبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد (*)، واحتج أحمد بما روى عن نافع عن ابن عمر أن عبد الله كان له سريتان فأعتقهما وأعتقه فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد، ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبح له التسرى بها كالحرة الأصلية، وأما إذا كانت امرأة فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك، لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها فلأن لا ينفسخ بإعتاقهما معًا أولى، ويحتمل أن أحمد إنما أراد بقوله انفسخ نكاحهما أن لها فسح النكاح ويخرج هذا على الرواية التي تقول لها الفسخ إذا كان زوجها حرًا فعتقت عنه.

فصل: ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه، وقد روى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام

(*) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٧/ ٥/ ٢).

وحكى عن ابن عباس أنها جائزة وعليـه أكثر أصحابه(٢٧) عطاء وطاوس، وبه قـال ابن جريج، وحكى ذلك عن أبى سعيد الخدرى وجابر، وإليه ذهب الشيعة، لأنه قد ثبت أن النبى ﷺ أذن فيها، وروى أن عمر قال: متعـتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما؟ متعة النساء ومتعة الحج(٢٨) ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتًا كالإجارة.

ولنا: ما روى الربيع بن سبرة أنه قال: «أشهد على أبى أنه حدث أن النبى ﷺ نهى عنه فى حجـة الوداع(٢٩)، وفى لفظ: أن رسول الله ﷺ حرم متـعة النساء رواه أبو داود(٣٠)، وفى لفظ رواه ابن ماجـه: أن رسول الله ﷺ حـرم المتعـة فقال: «يا أيهـا الناس إنى كنت أذنت لكم فى الاستمتاع ألا وإن الله قد حـرمها إلى يوم القيامة»(٣١) وروى عن علـى بن أبى طالب رضي الله عنه أن رسـول الله ﷺ نهى عن مـتـعـة النسـاء يوم خـيبـر وعن لحـوم الحـمـر الأهليـة(٣٢)، رواه مالك فى الموطأ وأخرجه الأئمـة النسائى وغيره، واختلف أهل العلم فى

وجارية فـتزوجها فـقالت للنبى ﷺ إنى أريد أن أعـتقهمـا؟ فقال لهـا: «ابدئى بالرجل قبل المرأة»(29) وعن صفية بنت أبى عبيد أنها فعلت ذلك، وقالت للرجل: إنى بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار، والله أعلم(30).

---

(٢٧) فى نسخة: أصحاب. (٢٨) أخرجه البيهقى فى سننه (٧/ ٢٠٦).

(٢٩) أخرجه أبو داود فى سننه (٢/ ح ٢٠٧٢) من «كتاب النكـاح» والبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ٢٠٤) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤٠٤) من طريق إسـماعيل بن أمية عن الزهرى قال: كنا عند عـمر بن عبد العزيز فتـذاكرنا متعة الـنساء، فقال رجل يقال له: ربيع بن سـبرة... فذكره. وإسناده ضـعيف بهذا اللفظ فهـو شاذ، قال البيـهقى: «كذا قال، ورواية الجـماعة عن الزهرى أولى» يعنى أن ذكـر «حجة الوداع شاذ، خالف فـيه إسماعيل بن أميـة رواية الجماعة إلا وهى عام الفـتح» وليس «حجة الوداع» وقال الحـافظ فى الفتح (٩/ ٧٥) وأما حـجة الوداع فهـو اختلاف على الربيع بن سـبرة والرواية عنه بأنها فى الفتح أصح وأشهر وأشار إلى ضعفه فى قـوله: ولم يبق من المواطن كما قلنا صحيحًا سوى غزوة خيبر وغزوة الفتح «قلت» عند مسلم.

(٣٠) أخرجه أبو داود فى سننه (٢/ ح٢٠٧٣) وإسناده صحيح.

(٣١) أخرجه ابـن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٦٢) ومسلم فى «كـتاب النكاح» (٢/ ٢١/ ١٠٢٥) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢١٩٥) من «كتاب النكاح» وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤٠٦).

(٣٢) أخرجه البخارى فى «كتاب النكاح» (٩/ ح٥١١٥/ فتح) بلفظ: «أن النبى ﷺ نهى عن المتعة وعن لحوم الحـمر الأهلية زمن خيـبر» ومسلم فى «كتـاب النكاح» (٢/ ٢٩، ٣٠/ ١٠٢٧) والنسائى فى «سننه» (٦/ ١٢٦) ومـالك فى الموطـأ (٢/ ٤١/ ٥٤٢) والترمـذى فى «سننه» (٣/ ح١١٢١) (٤/ ح١٧٩٤) وابن مـاجه فى «سننه» (١/ ح١٩٦١) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢١٩٧) وابـن عبد الـبر فى التمهيد (١٠/ ٩٤).

(29) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٣٧) والنسـائى (٦/ ح٣٤٤٦) وابن ماجه (١/ ٢٥٣٢) وإسناده ليس بالقوى.

(30) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٥٥) وابن أبى شيبة (٣/ ٣٣٤) من كتاب النكاح.

الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم فى حديث على تقديم وتأخير وتقديره أن النبى ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهى عنها، وقد بينه الربيع بن سبرة فى حديثه أنه كان فى حجة الوداع حكاه الإمام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر وقال الشافعى: لا أعلم شيئًا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم رحمه إلا المتعة فحمل الأمر على ظاهره وأن النبى ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أباحها فى حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلاً كسائر الأنكحة الباطلة، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه، وروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس لقد كثرت القالة فى المتعة حتى قال فيها الشاعر:

أقول وقد طال الثواء بنا معًا ... يا صاح هل لك فى فتيا ابن عباس

هل لك فى رخصة الأطراف آنسة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيبًا وقال: إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير(٣٣)، فأما إذن رسول الله ﷺ فيها فقد ثبت نسخه وأما حديث عمر ـ إن صح عنه ـ فالظاهر أنه إنما قصد الإخبار عن تحريم النبى ﷺ لها ونهيه عنها إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبى ﷺ أباحه وبقى على إباحته.

باب حكم العيوب فى النكاح

(العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام: أحدها: ما يختص بالرجال وهو شيئان: أحدهما: أن يكون الرجل مجبوبًا قد قطع ذكره ولم يبق منه ما يمكن الجماع به).

الكلام فى العيوب المثبتة لفسخ النكاح للمرأة والرجل إذا اختار ذلك فى أربعة فصول:

أحدها: أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده فى الآخر فى الجملة، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس رضي الله عنهم، وبه قال جابر بن زيد والشافعى وإسحاق، وروى عن على لا ترد الحرة بعيب، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه إلا أن يكون الرجل مجبوبًا أو عنينًا، فإن للمرأة الخيار فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخًا، لأن وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب.

---

(٣٣) أخرجه البيهقى فى السنن (٧/ ٢٠٥) من طريق ابن وهب أخبرنى جرير بن حازم عن الحسن بن عمارة عن المنهال بن عمرو عن سعيد بن جبير... به، وإسناده ضعيف جدًا، فيه الحسن بن عمارة قال الحافظ فى التقريب: «متروك» ثم روى من طريق أخرى عن سفيان عن ليث عن ختنة عن سعيد ابن جبير... به، وإسناده ضعيف جدًا أيضًا، فيه الليث بن سليم وهو ضعيف، ويقول الشيخ الألبانى فى الإرواء (٦/ ٣١٩) وجملة القول: أن ابن عباس رضي الله عنه روى عنه فى المنن ثلاثة أقوال: **الأول:** الإباحة مطلقًا **الثانى:** الإباحة للضرورة **الثالث:** التحريم مطلقًا، وهذا مما لم يثبت عنه صراحة بخلاف القولين الأولين فهما ثابتان عنه، والله أعلم.

فـصل: وإن تزوجها بغير شرط إلا أن فى نيته طلاقها بعد شهر أو إذا انقضت حاجته فى هذا البلد فالنكاح صحيح فى قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعى قال: هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيـته وليس على الرجل أن ينوى حبس امـرأته وحسبه إن وافـقته وإلا طلقها.

١١٧٧- مسألة: قال: **(ولو تزوجها على أن يطلقها فى وقت بعينه لم ينعقد النكاح)**.

يعنى إذا تزوجهـا بشرط أن يطلقها فى وقت مـعين لم يصح النكاح سواء كان مـعلومًا أو مجهولاً مـثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوهـا، وقال أبو حنيفة: يصح النكاح ويبطل الشرط وهو أظهر قولى الشافعى قاله فى عامة كتبه، لأن النكاح وقع مطلقًا وإنما شرط على نفسه شرطًا وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها.

ولنا: أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح، فأشبه نكاح المتـعة، ويفارق ما قاسوا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح.

١١٧٨- مسألة: قال: **(وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله)**.

وجـملتـه: أن نكاح المحلل حرام باطل فى قول عـامة أهل العلم منهم الحسن والنخعى وقتادة ومالك والليث والثورى وابن المبارك والـشافعى وسواء قال: زوجتكها إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فـلا نكاح بينهما أو أنه إذا أحلها للأول طلقهـا، وحكى عن أبى حنيفة أنه

ولنا: أن المـختلف فـيه يمنع الوطء فـأثبت الخـيار كـالجب والعنّة، ولأن المرأة أحـد العوضين فى النكاح فجـاز ردها بعيب كالصداق، أو أحد العوضين فى عـقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحـد الزوجين فيـثبت له الخيار بـالعيب فى الآخر كالمـرأة، فأما العـمى والزمانة ونحوهما فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها، **فإن قيل:** فالجـذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء، **قلـنا:** بل يمنعه، فـإن ذلك يوجب نفرة تمنع من قربانه بالكلية ويخاف منه التعدى إلى نفسه ونسله، والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسى.

الثـانى: العيوب المجوزة للفسح وهى ثمـانية: اثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة وثلاثة تخـتص المرأة وهى الفـتق والقرن والعـفل وثلاثة يشتـرك فيـها الزوجان وهـى الجذام والجنون والبرص، وهكذا ذكرها الخرقى، وقال القاضى: هى سبـعة جعل القرن والعفل شيئًا واحدًا وهو الرتق وذلك لحم ينبت فى الفـرج، وحكى ذلك أهل الأدب وحكى نحوه عن أبى بكر، وذكره أصحاب الشافعى، وقـال الشافعى: القرن عظم فى الفرج يمنع الوطء، وقال عن غـيره لا يكون فى الفـرج عظم إنمـا هو لحم ينبت فـيه، وحكى عـن أبى حفص أن العـفل كالرغـوة فى الفرج يمنع لذة الوطء، وقـال أبو الخطاب: الرتق أن يكون الفرج مـسدودًا يعنى ملتصقًا لا يدخل الذكر فيه والقرن والعفل لحم ينبت فى الفرج فيسده فهما فى معنى الرتق إلا

يصح النكاح ويبطل الشرط، وقال الشافعى فى الصورتين الأولتين: لا يصح، وفى الثالثة على قولين.

ولنا: ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»(٣٤) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وقال: حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبدالله بن عمر، وهو قول الفقهاء من التابعين، وروى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس؛ وقال ابن مسعود: «المحل والمحلل له ملعون على لسان محمد ﷺ (٣٥).

وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر أن النبى ﷺ قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»(٣٦) وروى الأثرم بإسناده عن قبيصة بن جابر قال: سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول: والله لا أوتى بِمُحِلٍّ ولا مُحَلَّلٍ له إلا رجمتهما(٣٧)، ولأنه نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه، فأشبه نكاح المتعة.

أنهما نوع آخر، وأما الفتق فهو انخراق ما بين السبيلين، وقيل: انخراق ما بين مخرج البول والمنى وذكرها أصحاب الشافعى سبعة أسقطوا منها الفتق، ومنهم من جعلها ستة وجعل القرن والعفل شيئًا واحدًا وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره، والجب والرتق يتعذر معهما الوطء، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة.

فصل: فإن اختلفا فى وجود العيب كمن بجسده بياض يمكن أن يكون بهقًا أو برصًا

---

(٣٤) أخرجه أبو داود فى سننه (٢/ ح٢٠٧٦) والترمذى فى سننه (٣/ ح١١١٩، ١١٢٠) بلفظ: «أن رسول الله ﷺ لعن المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له».
والثانى بلفظ: «لعن رسول الله ﷺ المحلَّ والمحلّل له» والنسائى فى سننه (٦/ ح٣٤١٦) وفيه لعن رسول الله ﷺ الواشمة والمستوشمة والواصلة والموصولة وآكل الربا وموكله والمحلل والمحلل له» وابن ماجه فى سننه (١/ ح١٩٣٦). بلفظ: المصنف، والدارمى فى سننه (٢/ ح٢٢٥٨) بلفظ: (رسول) وأحمد فى مسنده (٤٣٠٨) بلفظ: «لُعِن» وإسناده صحيح.

(٣٥) أخرجه النسائى فى سننه (٨/ ح٥١١٧) وإسناده صحيح.

(٣٦) أخرجه ابن ماجه فى سننه (١/ ح١٩٣٦) والحاكم فى المستدرك (٢/ ١٩٩) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبى والبيهقى فى السنن (٧/ ٢٠٨) وإسناده حسن وصححه وابن تيمية فى «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ١٥٥) وحسنه أيضًا فى «الفتاوى الكبرى» كتاب «إقامة الدليل على إبطال التحليل» (٣/ ٢٤١، ٢٤٢) وقال: هذا حديث جيد وإسناده حسن.

(٣٧) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ٢٦٥/ ١٠٧٧٧) وسعيد بن منصور فى سننه (٢/ ٤٩، ٥٠) (١٩٩٢، ١٩٩٣).

فـصل: فإن شرط عليه التحليل قبل العقـد ولم يذكره فى العقد ونواه فى العقد أو نوى التحليل من غير شرط، فالنكاح باطل أيضًا، قال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفى نفسه أن يحلها لزوجها الأول ولم تعلم المـرأة بذلك، قال: هو محلل إذا أراد بذلك الإحلال، فهـو ملعون، وهذا ظاهر قول الصحـابة ﷺ، وروى نافع عن ابن عمر «أن رجلاً قال له: امرأة تزوجتها أحلهـا لزوجها لم يأمرنى ولم يعلم قال: لا، إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكـها وإن كرهتـها فارقـها، قال: وإن كنا نـعده على عهـد رسول الله ﷺ سفاحًا، وقال: لا يزالان زانيين، وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها(٣٨)، وهذا قول عثـمان ﷺ، وجاء رجل إلى ابن عبـاس فقال له: إن عمى طلق امـرأته ثلاثًا أيحلها له رجل؟ قال: مـن يخادع الله يخـدعه(٣٩) وهذا قول الحـسن والنخعى والشعبى وقـتادة وبكر المزنى والليث ومـالك والثورى وإسحاق وقـال أبو حنيفة والشافـعى: العقد صحـيح، وذكر القاضى فى صحتـه وجهًا مثل قولهما، لأنـه خلا عن شرط يفسده، فأشبـه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال، أو ما لو نوت المرأة ذلك، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد، بدليل ما لو اشتـرى عبدًا فشـرط أن يبيعه لم يصح، ولو نوى ذلك لم يبطـل، ولأنه روى عن عمر ﷺ ما يدل على إجازته، وروى أبو حـفص بإسناده عن محمد بن سيـرين، قال: «قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة، فسأل عمر فلم يعطه شيئًا، فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها، فقال لها: هل لك أن تعطى ذا الرقعتين شيئًا ويحلك لى؟ قالت: نعم، إن شئت فأخبروه بذلك، قال: نعم، وتزوجهـا ودخل بها، فـلما أصبـحت أدخلت إخوتـه الدار فجاء الـقرشى يحـوم حول الدار ويقول: يا ويله غلب على امرأته فأتى عمر، فقال: يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتى: قال:

واختلفا فى كونه برصًا أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شـعر الحاجبين فاختلفا فى كونه جذامًا، فإن كانت للمـدعى بينة من أهل الخبرة والثقة فيشهـدان بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قـوله، لقول النبى ﷺ: «ولكن اليمـين على المدعى عليه» وإن اخـتلفا فى عيوب النساء أُريت النساء الـثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فـإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة، وأمـا الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبـقًا أو كان يجن فى الأحيان، لأن النفس لا تسكن إلى من هذه حاله إلا أن يكون مريضًا يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار، فإن زال المرض ودام الإغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار.

---

(٣٨)أخرجه الحاكم فى المستدرك (٢/ ١٩٩) وقال: صحـيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبى وهو كما قال والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٠٨) وذكـره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٧) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط ورجاله رجال الصحيح.

(٣٩)أخرجه سعيد بن منصور فى سننه (١/ ٢٦٢/ ١٠٦٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٣٣٧).

من غلبك؟ قال: ذو الرقعتين قال: أرسلوا إليه، فلما جاءه الرسول، قالت له المرأة: كيف موضعك من قومك؟ قال: ليس بموضعى بأس، قالت: إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل: لا والله لا أطلقها، فإنه لا يكرهك، وألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد، قال: الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتين، فدخل عليه فقال: أتطلق امرأتك؟ قال: لا والله لا أطلقها: قال عمر: لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط» رواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحواً من هذا(٤٠)، وقال: من أهل المدينة، وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد، ولم ير به عمر بأسًا.

ولنا: قول النبى ﷺ «لعن الله المحلل والمحلل له» وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم، فكان إجماعًا، ولأنه قصد به التحليل فلم يصح، كما لو شرطه، وأما حديث ذى الرقعتين، فقال أحمد: ليس له إسناد، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر، وقال أبو عبيد: هو مرسل فأين هو من الذى سمعوه يخطب به على المنبر لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل، ولا نواه، وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع.

فصل: فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح

أ- **مسألة: (فإن اختلفا فى إمكان الجماع بما بقى من ذكره فالقول قول المرأة)**.

لأنه يضعف بالقطع والأصل عدم الوطء، ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء فى العنة، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله فأشبه من له ذكر قصير **الثانى**: أن يكون عنينًا، العنين هو العاجز عن إيلاج ذكره وهو مأخوذ من عَنَّ أى اعترض، لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه أى يعترض، قيل: لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به وتستحق به المرأة فسخ النكاح بعد أن يضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها، وهذا قول عمر عثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ﷺ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعى وقتادة وحماد بن أبى سليمان وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد، وشذ الحكم وداود فقالا: لا يؤجل وهى امرأته، وروى ذلك عن على ﷺ، لأن امرأة أتت النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقنى فبت طلاقى فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وإنما له مثل هدبة الثوب، فقال: «تريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا، حتى تدوقى عسيلته ويذوق عسيلتك»(أ) ولم يضرب له مدة.

---

(٤٠) أخرجه سعيد بن منصور فى سننه (٢/ ٥٠، ٥١/ ١٩٩٩) وعبد الرزاق فى مصنفه (٦/ ١٠٧٨٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٠٩) وإسناده ضعيف منقطع بين ابن سيرين وعمر.

(أ) تقدم برقم (13) باب الشروط فى النكاح.

رغبة، صح العقد لأنه خلا عن نية التـحليل وشرطه فصح، كما لو لم يذكر ذلك، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين، وإن قـصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك فى العقـد، وقال الحسن وإبراهيم: إذا هم أحـد الثلاثة، فسد النـكاح، قال أحمد: كـان الحسن وإبراهيم والتـابعون يشـددون فى ذلك، قال أحـمد: الحـديث عن النبىِّ ﷺ: «أتريدين أن ترجعى إلى رفـاعة؟»(٤١) ونية المرأة ليس بشىء، إنمـا قال النبىِّ ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له» ولأن العقد إنمـا يبطل بنية الزوج، لأنه الذى إليه المفارقة والإمـساك، أما المرأة فلا تملك رفع العـقد، فوجود نيـتها وعدمهـا سواء، وكذلك الزوج الأول لا يملك شـيئًا من العقد ولا من رفعه، فهو أجنبى كسائر الأجانب، **فإن قيل**: كيف لعنه النبىﷺ ؟ **قلنا**: إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل لأنها لم تحل له، فكان زانيًا فاستحق اللعنة لذلك.

فـصل: فإن اشترى عبدًا فزوجـها إياه ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح، قال أحمد فى رواية حنبل: إذا طلقها ثلاثًا وأراد أن يراجعها فاشـترى عبدًا فأعتقه وزوجها إياه فهـذا الذى نهى عنه عمر يؤدبان جـميعًا، وهذا فـاسد ليس بكفء وهو شبـه المحلل، وعلل أحمد فساده بشيئين: **أحدهما**: شبهه بالمحلل لأنه إنما زوجه إياها ليحلها له، **والثانى**: كونه ليس بكفء لها وتزويجه لها فى حال كونه عبدًا أبلغ فى هذا المعنى لأن العبد فى عدم الكفاءة أشد من المـولى، والسيد له سـبيل إلى إزالة نكاحـه من غير إرادته بأن يهـبه للمرأة فـينفسخ

ولنا: مـا روى أن عمـر ﷺ أجل العنين سنة(2) وروى ذلك الدارقطنى عن عـمـر وابن مسعـود والمغيرة بن شعبـة ولا مخاف لهم(3)، ورواه أبو حـفص عن على ولأنه عـيب يمنع الوطء فأثبت الخيـار كالجب فى الرجل والرتق فى المرأة فأما الـخبر فلا حجة، لهم فـيه فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما وقد روى أن الرجل أنكر ذلك وقال: إنى لأعـركها عـرك الأديم وقال ابن عبـد البر: وقد صح أن ذلك كـان بعد طلاقـه فلا مـعنى لضـرب المدة وصح ذلك فى قـول النبى ﷺ: «تريدين أن ترجـعى إلى رفاعة» ولو كان قبل طلاقه لمـا كان ذلك إليها وقيل: إنها ذكرت ضعفه وشـبهته بهدبة الثوب

---

(٤١) أخـرجه البـخارى «فى كـتاب الطـلاق» (٩/ ح٥٢٦٠/ فتح) ومـسلم فى النكاح (٢/ ١١١، ١١٢، ١٠٥٥، ١٠٥٦) والنسائى فى «سننه» (٦/ ح٣٤١١) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١١٨) وابن ماجه فى «السنن» (٢/ ح١٩٣٢) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٢٦٨) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٤، ٣٧، ٣٨، ٢٢٦) وأبو داود الطيالسى فى «مسنده» (١٤٣٧، ١٤٧٣).

(2) أخرجه ابن أبى شيبة فى «النكاح» (٣/ ٣٠٦، ٣٠٧).

(3) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٣/ ٣٠٥) من طريق أبى طلحة أحمد بن محمد بن عبد الكريم الفزارى ثنا بندار ثنا عبـد الرحمن ثنا سفيان عن مـعمر عن الزهرى عن سعـيد بن المسيب عن عـمر قال: يؤجل العنين سنة، فى إسناده أبـو طلحة أحـمد بن مـحمـد بن عبـد الكريم الفـزارى قال الذهبى: ضـعفـه الدارقطنى وقال: تكملوا فيه، ووثقه البرقانى فى ميزان الاعتدال (١/ ١٤٤).

نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك، ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل لأن المعتبر فى الفساد نية الزوج لا نية غيره، ولم ينو، وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة، لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا غيره بنيته.

فصل: ونكاح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الإحصان ولا الإباحة للزوج الأول كما لا يثبت فى سائر العقود الفاسدة **فإن قيل:** فقد سماه النبى ﷺ محللاً، وسمى الزوج محللاً له ولو لم يحصل الحل لم يكن محللاً ولا محللاً له: **قلنا:** إنما سماه محللاً لأنه قصد التحليل فى موضع لا يحصل فيه الحل، كما قال: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه»(٤٢) وقال الله تعالى: ﴿**يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا**﴾ (التوبة: ٣٧) ولو كان محللاً فى الحقيقة والآخر محللاً له، لم يكونوا ملعونين.

١١٧٩- **مسألة:** قال رحمه الله: (**وإذا عقد المحرم نكاحًا لنفسه أو لغيره، أو عقد أَحَدٌ نكاحًا لمحرم على محرمة، فالنكاح فاسد**).

وجملته: أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره، ككونه وليّا أو وكيلاً، فإنه لا يصح لقول النبى ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب»(٤٣) رواه مسلم، وإن عقد الحلال نكاحًا لمحرم بأن يكون وكيلاً له أو وليّا عليه، أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله فى عموم الحديث لأنه إذا تزوج له وكيله فقد نكح، وحكى القاضى فى كون المحرم وليّا

مبالغة ولذلك قال النبى ﷺ: «حتى تذوقى عسيلته» والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك.

2- **مسألة:** (**فإن ادعت ذلك أجل سنة منذ ترافعه**).

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر وهى عذراء فالقول قولها وإن كانت ثيبًا فالقول قوله مع يمينه فى ظاهر المذهب، لأن الأصل السلامة ولأن هذا أمر لا يعرف إلا من جهته وقال القاضى: هل يستحلف؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق.

3- **مسألة:** (**فإن اعترف بذلك أو قامت بينة على إقراره به فأنكر فطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه**).

---

(٤٢) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٥/ ح ٢٩١٨) وقال أبو عيسى: هذا حديث ليس إسناده بالقوى وذكر الهيثمى فى «المجمع» (١/ ١٧٧) وقال: رواه الطبرانى فى الكبير وفيه محمد بن يزيد بن سنان الرهاوى ضعفه البخارى وغيره، وذكره ابن حبان فى الثقات، وأبو يزيد بن سنان ضعفه أبو داود، وابن حجر فى المطالب العالية بنحوه (٣/ ٢٩١٣) وقال البخارى: مقارب الحديث، والمنذرى فى «الترغيب والترهيب» (١/ ١٢٥).

(٤٣) تقدم تخريجه فى المسألة (٥٩٥) برقم (٩٣).

لغيره روايتين: إحداهما: لا تصح وهى اختيار الخرقى، والثانية: تصح، وهى اختيار أبى بكر، لأن النكاح حرم على المحرم لأنه فى دواعى الوطء المفسد للحج، ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليًا لغيره، والأول أولى لدخوله فى عموم الخبر، ولأنه عقد لا يصح للمحرم، فلا يصح منه كشراء الصيد، وقد مضت هذه المسألة فى الحج بأبسط من هذا الشرح.

١١٨٠- **مسألة:** قال رحمه الله: **(وأى الزوجين وجد بصاحبه جنونًا أو جذامًا أو برصًا، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء، أو الرجل مجنونًا، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار فى فسخ النكاح)** .

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة:

الأول: أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة، روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس، وبه قال جابر بن زيد والشافعى وإسحاق، وروى عن على: لا ترد الحرة بعيب، وبه قال النخعى والثورى وأصحاب الرأى، وعن ابن مسعود لا ينفسخ النكاح بعيب، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، إلا أن يكون الرجل مجبوبًا أو عنينًا، فإن للمرأة الخيار، فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخًا، لأن وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب.

ولنا: أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء، فأثبت الخيار كالجب والعنة، ولأن المرأة أحد

ويؤجل سنة فى قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلاً عشرة أشهر.

ولنا: قول من سمينا من الصحابة، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضرب له سنة لتمر به الفصول الأربعة فإن كان من يبس زال فى فصل الرطوبة وإن كان من رطوبة زال فى فصل اليبس وإن كان من برودة زال فى فصل الحرارة وإن كان من انحراف مزاج زال فى فصل الاعتدال فإذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم يزل علم أنه خلقة وحكى عن أبى عبيد أنه قال: أهل الطب يقولون: الداء لا يستجن فى البدن أكثر من سنة ثم يظهر وابتداء السنة من يوم ترافعه، قال ابن عبد البر: على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر فى حديث عمر: يؤجل سنة من يوم ترافعه فإذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار فى فسخ النكاح.

4- **مسألة:** (وإن اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عنينًا) .

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئ امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الأنصارى والزهرى وعمرو بن دينار وقتادة ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى وقال أبو ثور: إذا عجز عن وطئها أجل له، لأنه عجز عن وطئها فثبت حقها كما لو وجب بعد الوطء.

العوضين فى النكاح فجاز رده بالعيب كالصداق أو أحد العوضين فى عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين، فثبت له الخيار بالعيب فى الآخر كالمرأة، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها، **فإن قيل**: فالجنون والجذام والبرص لايمنع الوطء، **قلنا**: بل يمنعه، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه، ويخاف منه التعدى إلى نفسه ونسله، والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسى.

الفصل الثانى: فى عدد العيوب المجوزة للفسخ، وهى فيما ذكر الخرقى ثمانية: ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهى الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة، وثلاثة تختص بالمرأة وهى الفتق والقرن والعفل، وقال القاضى: هى سبعة جعل القرن والعفل شيئًا واحدًا وهو الرتق أيضًا وذلك لحم ينبت فى الفرج، وحكى ذلك عن أهل الأدب، وحكى نحوه عن أبى بكر، وذكره أصحاب الشافعى، وقال الشافعى: القرن عظم فى الفرج يمنع الوطء، وقال غيره: لا يكون فى الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه، وحكى عن أبى حفص أن العفل كالرغوة فى الفرج يمنع لذة الوطء فعلى هذا يكون عيبًا ناميًا، وقال أبو الخطاب: الرتق أن يكون الفرج مسدودًا يعنى أن يكون ملتصقًا لا يدخل الذكر فيه، والقرن والعفل لحم ينبت فى الفرج فيسده فهما فى معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر، وأما الفتق فهو

ولنا: أنه قد تحققت قدرته على الوطء فى هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يكن، لأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة ثبتت بوطء واحد وقد وجد ما أوجبه فإنه يتحقق به العجز فافترقا.

فصل: وإن علمت أن عجزه عن الوطء لعارض من صفر أو مرض مرجوٍّ الزوال لم تضرب له مدة، لأن ذلك عارض يزول والعنة لا تزول، لأنها جبلة وخلقه وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى برؤه ضربت له المدة لأنه فى معنى من خلق كذلك وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار فى الحال، لأن الوطء مأيوس منه فلا معنى لانتظاره وإن كان قد بقى من الذكر ما يمكن الوطء به أو لا رجع إلى أهل الخبرة فى ذلك.

فصل: والوطء الذى يخرج به من العنة هو تغييب الحشفة فى الفرج، لأن الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق به فإن كان الذكر مقطوع الحشفة كفاه تغييب قدر الحشفة من الباقى فى أحد الوجهين ليكون ما يجرى من المقطوع مثل ما يجرى من الصحيح **والثانى**: لا يخرج من العنة إلا بتغييب جميع الباقى، لأنه لا حد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه، لأنه المعنى الذى يتحقق به حصول حكم الوطء وللشافعى قولان كهذين.

5- مسألة: (وإن وطئها في الدبر أو وطئ غيرها لم تزل العنة ويحتمل أن تزول).

لأن الدبر ليس محلاً للوطء فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الإحلال

انخراق مـا بين مجرى البول ومـجرى المنى، وقيل: مـا بين القبل والدبر، وذكرها أصـحاب الشافعى سبعة سقطوا منها الفتق ومنهم من جعلهـا ستة جعل القرن والعفل شيئًا واحدًا، وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمـتاع المقصود بالنكاح فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ويخـشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمـتاع، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر مـعه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته، وكذلك العفل على قول من فـسره بالرغوة، فإن اختلـفا فى وجود العيب مثل أن يكون بجـسده بياض يمكن أن يكون بهقًـا أو مراراً واختلفا فى كـونه برصًا أو كانت به علامـات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فـاختلفا فى كونه جذامًا فإن كانت للمدعى بينة من أهل الخـبرة والثقة يشهدان له بما قـال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقـول قوله لقول النبى ﷺ: «ولكن اليـمين على المدعى عليه»[١] وإن اختلفا فى عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فإن شهـدت بما قال الزوج وإلا فالقـول قول المرأة وأما الجنـون فإنه يثبت الخيـار سواء كان مطبقًـا أو كان يجن فى الأحيـان، لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله إلا أن يكون مـريضًا يغمى عليـه ثم يزول فذلك مـرض لا يثبت به خيـار، فإن زال المـرض ودام به الإغماء فـهو كالجنون يثبت به الخيار وأما الجب فهـو أن يكون جميع ذكره مقطوعًا أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به فإن بقى منه ما يمكن الجماع به ويغيـب منه فى الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لأن الوطء يمكن وإن اختلفا فى ذلك فالقـول قول المرأة لأنه يضعف بالقطع والأصل عدم

للزوج ولا الإحصان وإن وطئها فى القبل حائضًا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة وذكر الـقاضى أن قيـاس المذهـب أن لا يخرج عن العنة لنص أحـمد على أنه لا تحـصل به الإباحة للزوج الأول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء فى الدبر.

ولنا: أنه وطء فى محـل الوطء فخرج به عن العنة كـما لو وطئهـا وهى مريضـة يضرها الوطء ولأن العنة العجز عن الوطء فلا يبقى مع وجود الوطء، لأن العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده وما ذكره غير صحيح، لأن تلك الأحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع أو فوات شرط والـعنة فى نفسها أمـر حقيقى لا يتـصور بقاؤه مع انتفـائه وأما الوطء فى الدبر فليس وطأ فى محله بخلاف مسألتنا وفيـه قول أن العنة تزول به اختاره ابن عقيل، لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر.

فـصل: فإن وطئ امرأة لم يخرج به من العنة فى حق غيـرها واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة فى حق جميع النساء فـلا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مـقتضى قول أبى بكر وقول من قال إنه يـختبر بتزويج امـرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعمـر بن عبد

---

(١) تقدم وهو حديـث متفق عليه، أخرجـه البخارى فى كتـاب «التفسير» (٨/ ح٤٥٥٢/ فـتح) ومسلم فى كتاب «الأقضية» (١/ ٤/ ١٣٣٦).

الوطء ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء فى العنة، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله، فأشبه من له ذكر قصير.

الفصل الثالث: أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديه فلم ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج، ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ولا نص فى غير هذا ولا إجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق، وقال أبو بكر وأبو حفص: إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار، قال أبو الخطاب: ويتخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السيالة فى الفرج لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها[2] الشريم ومن لا تحبس بولها الماشولة ومثلها من الرجال الأفين، وقال أبو حفص: والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولى الشافعى لأن فيه نقصًا وعارًا ويمنع الوطء أو يضعفه.

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر أعلمتها؟ قال لا، قال أعلمها ثم خيرها[3]، وفى البخر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان:

أحدهما: يثبت الخيار، لأن فيه نفرة ونقصًا وعارًا والبخر نتن الفم، وقال ابن حامد وهو نتن من الفرج يثور عند الوطء، وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضًا بخرًا ويثبت الخيار وإلا فلا

العزيز قالوا: لأن العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغير النساء فإذا انتفت فى حق امرأة لم تبق فى حق غيرها.

ولنا: أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته فى حقهن فرضى بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات، ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت فى حقها لا يزول بوطء غيرها وقوله كيف يصح العجز عن واحدة دون أخرى؟ قلنا: قد تنهض شهوته فى حق إحداهما لفرط حبه إياها وميله إليها واختصاصها بكمال ولوجه دون الأخرى فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن أحمد لها المطالبة، لأنه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففى نكاح دون نكاح أولى ومقتضى قول أبى بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ امرأة لم تثبت عنته أبدًا.

فصل: وإن ادعى أنه وطئها وقالت: إنها عذراء فشهدت بذلك امرأة ثقة فالقول قولها وإلا فالقول قوله، إذا ادعت المرأة عنة زوجها فادعى أنه وطئها وقالت: إنها عذراء أريت النساء الثقات فإن شهدن بعذرتها فالقول قولها ويقبل فى بقاء عذرتها شهادة امرأة واحدة كالرضاع ويؤجل الرجل وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، لأن الوطء

---

(٢)نجوها: النجو، ما يخرج من البطن من ريح وغائط.

(٣)ذكره ابن أبى شيبة فى المصنف (٤/ ٤٠٦).

معنى له فإن نتن الفم يسمى بخرًا ويمنع مقاربة صاحبه إلا على كره وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجهًا واحدًا كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافًا إلا أن الحسن قال: إذا وجد الآخر عقيمًا يخيّر وأحب أحمد تبيين أمره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا فى ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت له ولو ثبت بذلك لثبت فى الآيسة، ولأن ذلك لا يعلم فإن رجالاً لا يولد لأحدهم وهو شاب ثم يولد به وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منهما، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم.

الفصل الرابع: أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيبًا وبه عيب من غير جنسه كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغى أن يثبت لهما الخيار، لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه، وإن وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله ففيه وجهان: **أحدهما:** لا خيار لهما لأنهما متساويان ولا مزية لأحدهما على صاحبه فأشبها الصحيحين، **والثانى:** له الخيار لوجود سببه، فأشبه ما لو غر عبد بأمة.

فصل: وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان: **أحدهما:** يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقى لأنه قال: فإن جب قبل الدخول فلها الخيار فى وقتها لأنه عيب فى النكاح

يزيل العذرة فوجودها يدل على عدم الوطء فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها، لأن هذا بعيد جدًا وإن كان متصورًا وهل تستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين: **أحدهما:** تستحلف لإزالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله والآخر لا يستحلف، لأن ما يبعد جدًا لا التفات إليه كاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر فى إقراره وهل يقبل قول امرأة واحد؟ على روايتين: **إحداهما:** تقبل شهادة واحدة كالرضاع **والثانى:** لا يقبل فيه إلا اثنان، لأن ما يقبل فيه شهادة الرجال لا يقبل فيه إلا اثنان فالنساء أولى.

فصل: وإن لم يشهد لها أحد فالقول قوله، لأن الأصل السلامة فى الرجال وعدم العيوب ودعواه تتضمن سلامة العقد وصحته ويسقط حكم قولها لِتَبيُّنِ كذبها فإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب أحد فالقول قوله، لأن الأصل عدم الأسباب.

6- مسألة: (وإن كانت ثيبًا فالقول قوله لما ذكرنا).

ولأن هذا يتعذر إقامة البينة عليه فقبل قوله فيه مع يمينه وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر، لأن هذا مما تتعذر إقامة البينة ويمينه أقوى فإن دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والأصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر فى سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ما قال وهذا قول من سمينا ههنا، لأن قوله محتمل للكذب فقوينا قوله بيمينه كما فى سائر الدعاوى التى يستحلف فيها فإن نكل قضى عليه بنكوله ويدل على

يثبت الخيار مقارنًا فأثبته طارئًا كالإعسار وكالرق فإنه يثبت الخيار إذا قارن مثل أن تغر الأمة من عبد ويثبته إذا طرأت الحرية مثل أن أعتقت الأمة تحت العبد ولأنه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة، **والثانى**: لا يثبت الخيار وهو قول أبى بكر وابن حامد: ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد، أشبه الحادث بالمبيع، وهذا ينتقض بالعيب الحادث فى الإجارة، وقال أصحاب الشافعى: إن حدث بالزوج ثبت الخيار، وإن حدث بالمرأة فكذلك فى أحد الوجهين والآخر: لا يثبته، لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة.

ولنا: أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقًا فتساويا فيه لاحقًا كالمتبايعين.

فصل: ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب: أن لا يكون عالمًا بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده، فإن علم بها فى العقد أو بعده فرضى فلا خيار له، لا نعلم فيه خلافًا لأنه رضى به فأشبه مشترى المعيب، وإن ظن العيب يسيرًا فبان كثيرًا كمن ظن أن البرص فى قليل من جسده فبان فى كثير منه فلا خيار له أيضًا: لأنه من جنس ما رضى به، وإن رضى بعيب فبان به غيره فله الخيار لأنه وجد به عيبًا لم يرض به ولا بجنسه فثبت له لخيار كالمبيع إذا رضى بعيب فيه فوجد به غيره، وإن رضى بعيب فزاد بعد العقد كأن به قليل من البرص فانبسط فى جلده فلا خيار له لأن رضاه به رضى بما يحدث منه.

وجوب اليمين قول النبى ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»(*) قال القاضى: ويتخرج أن لا يستحلف على إنكاره دعوى الطلاق فإن فيها روايتين كذا ههنا والصحيح أنه يستحلف لدلالة الخبر والمعنى عليه وروى عن أحمد أن القول قولها مع يمينها حكاه القاضى فى «المجرد» لأن الأصل عدم الإصابة فكان القول قولها، لأنه موافق للأصل واليقين معها وقال الخرقى يخلو معها فى بيت ويقال له: أخرج ماءك على شىء فإن ادعت أنه ليس بمنىٍّ جعل على النار فإن ذاب فهو منى وبطل قولها هكذا حكاه الخرقى عن أحمد فعلى هذا إن أخرج ماءه فالقول قوله، لأن العنين يضعف عن الإنزال فإذا أنزل تبينا صدقه فيحكم به وهو مذهب عطاء فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار فإن ذاب فهو منى، لأنه يشتبه ببياض البيض وذلك إذا وضع على النار يجتمع وييبس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة، لأن الظاهر معها وفى كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فإن كان فى ابتداء الأمر لم يضرب له مدة وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت وإن كان بعد انقضائها لم يثبت له خيار وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه حكمنا بعنته كما لو أقر بها واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من الجمال ويعطى صداقها من بيت المال ويخلى وتسأل عنه ويؤخذ بما تقول فإن أخبرت بأنه يطأ كذبت الأولى والثانية

(*) سيأتى تخريجه مستوفيًا برقم (١) مسألة (١١٨٠) الفصل الثانى.

فصل: وخيار العيب ثابت على التراخى لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول أو الاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة، هذا ظاهر كلام الخرقى، لقوله: فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك، وذكر القاضى أنه على الفور، وهو مذهب الشافعى، فمتى أخر الفسخ مع العلم والإمكان بطل خياره لأنه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالذى فى البيع.

ولنا: أنه خيار له لدفع ضرر متحقق فكان على التراخى كخيار القصاص، وخيار العيب فى المبيع يمنعه، ثم الفرق بينهما أن ضرره فى المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه، وههنا المقصود الاستمتاع ويفوت ذلك بعيبه، وأما خيار المجبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق.

فصل: ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كالفسخ العنة والفسخ للإعسار بالنفقة، ويخالف خيار المعتقة فإنه متفق عليه.

١١٨١- **مسألة:** قال: **(وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر، وإن كان بعده وادعى أنه ما علم حلف وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غره).**

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة: **أحدها:** أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة وهذا قول الشافعى، لأن الفسخ إن كان منهما فالفرقة من جهتها فسقط مهرها كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب

بالخيار بين الإقامة والفسخ وإن كذبته فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ههنا لما روى أن امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب إليه أن زوجه امرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق إليها من بيت المال عنه فإن أصابها فقد كذبت وإن لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الأوزاعى: تشهده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فإذا قام عنها نظرتا إلى فرجها فإن كان فيه رطوبة الماء فقد صدق وإلا فلا وحكى عن مالك مثل ذلك إلا أنه اكتفى بواحدة والصحيح أن القول قوله لما ذكرنا وكذا لو ادعى الوطء فى الإيلاء واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الطهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء فى بعض الأحوال وليس كل من عجز عن الوطء فى حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يكون عنينًا ولذلك جعلنا مدته سنة وتزويجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضًا ولأنه قد يعن عن امرأة دون أخرى ولأن نكاح الثانية إن كان مؤقتًا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وإن كان صحيحًا لازمًا ففيه إضرار بالثانية ولا ينبغى أن يقبل قولها لأنها تريد بذلك تخليص نفسها فهى متهمة فيه وليست بأحق أن يقبل قولها من الأولى ولأن الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء فى يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك

بها دلسته بالإخفاء فصار الفسخ كأنه منها، **فإن قيل**: فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ **قلنا**: العوض من الزوج فى مقابلة منافعها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع العوض إلى العاقد معها وليس من جهتها عوض فى مقابلة منافع الزوج، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه فى مقابلته عوضًا فافترقا.

الفصل الثانى: أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر، لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضى فى المجرد فيه روايتين: **إحداهما**: يجب المسمى، **والآخر**: مهر المثل بناء على الروايتين فى العقد الفاسد وقال الشافعى: الواجب مهر المثل، لأن الفسخ استند إلى العقد فصار كالعقد الفاسد.

ولنا: أنها فرقة بعد الدخول فى نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة وكالمعتقة تحت عبد، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحًا كما لو لم يفسخه، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحًا فكذلك إذا فسخه، كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الإحصان والإباحة للزوج الأول وسائر أحكام الصحة، ولأنه لو كان فاسدًا لما جاز إبقاؤه وتعين فسخه، وما ذكروه غير

وأكثر مافى الذى ذكروه إن ثبت عجزه عن الوطء فى اليوم الذى اختبروه فيه وإذا لم يثبت حكم عنته بإقراره بعجزه فلأن لا يثبت بدعوى ذلك عليه أولى.

فصل: القسم الثانى يختص النساء وهو شيئان: **الرتق**: وهو كون الفرج مسدودًا لا مسلك للذكر فيه وكذلك القرن والعفل وهو لحم يحدث فيه يسده وقيل: القرن عظم والعفل رغوة تحدث فيه تمنع لذة الوطء **الثانى**: الفتق وهو انخراق ما بين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمنى.

فصل: قال ﷺ **القسم الثالث**: مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والجنون سواء كان مطبقًا أو يجن فى الأحيان فهذه الأقسام يثبت بها خيار الفسخ رواية واحدة لم سبق وقد ذكرنا دليل ذلك والخلاف فيه.

فصل: واختلف أصحابنا فى البخر وهو نتن فى الفم وقال ابن حامد: نتن فى الفرج يثور عند الوطء واستطلاق البول والنجو والقروح السيالة فى الفرج والخصاء وهو قطع الخصيتين والسل هو سل البيضتين والوجى وهو رضهما وفى كونه خنثى وفيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله أو حدث به العيب بعد العقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين: أحدهما: لا يثبت الخيار وهو المفهوم من كلام الخرقى ثم ذكر العيوب التى تثبت الخيار فى فسخ النكاح ولم يذكر شيئًا من هذه لأن ذلك لا يمنع من الاستمتاع ولا يخشى تعديه فلم يثبت به الخيار

صحيح فإن الفسخ يثبت حكمه فى حينه غير سابق عليه، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعًا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسدًا ولا يكون النماء لغير المشترى، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح.

الفصل الثالث: إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لأنه رضى بإسقاط حقه فسقط كما لو علم المشترى بالعيب فرضيه، وإذا اختلفا فى العلم فالقول قول من ينكره لأن الأصل عدمه.

الفصل الرابع: أنه يرجع بالمهر على من غره، وقال أبو بكر فيه روايتان: إحداهما: يرجع به، والأخرى: لا يرجع، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وأنه يرجع به، فإن أحمد قال: كنت أذهب إلى قول على فهبته، فملت إلى قول عمر، إذا تزوجها فرأى جذامًا أو برصًا فإن

كالعمى والعرج ولأن ذلك إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ولا نص فيها ولا إجماع ولا يصح قياسها على العيوب المثبتة للخيار لما بينهما من الفرق، فإن الوطء مع هذه العيوب ممكن بل قد قيل: إن الخصى أقدر على الجماع لأنه لا يعتبر بإنزال المال، والخنثى فيه خلقة زائدة لا تمنعه الجماع أشبه اليد الزائدة وإذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله فلا خيار لأنهما متساويان فلا مزية لأحدهما على صاحبه والوجه الثانى: له الخيار وقال أبو بكر وأبو حفص: إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار ويتخرج على ذلك من به الباسور والقروح السيالة فى الفرج ذكره أبو الخطاب لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها الشريم ومن لا يحبس بولها الماشولة ومثلها من الرجال الأفين، وقال أبو حفص: والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولى الشافعى، لأن فيه نقصًا وعارًا ويمنع الوطء أو يضعفه، وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر: أعلمتها؟ قال: لا، قال: أعلمها ثم خيرها، وفى البخر وكون أحد الزوجين خنثى غير مشكل وجهان أحدهما: يثبت الخيار لأن فيه نفرة ونقصًا وعارًا، والبخر: نتن، وقال ابن حامد: نتن فى الفرج يثور عند الوطء، وهذا إن أراد أنه يسمى بخرًا ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له، فإن نتن الفم يسمى بخرًا ويمنع مقارنة صاحبه إلاَّ على كره، وما عدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجهًا واحدًا كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين، لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافًا إلا أن الحسن قال: إذا وجد أحدهما الآخر عقيمًا يخير، وأحب أحمد أن يبين أمره وقال: عسى امرأته تريد الولد وهذا فى ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به، ولو ثبت لذلك لثبت فى الآيسة، ولأن ضده يعلم فإن رجالاً لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منهما وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم، والله أعلم.

لها المهر بمسيسه إياها ووليها ضامن للصداق، وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول وبه قال الزهرى وقتادة ومالك والشافعى فى القديم، وروى عن على أنه قال: لا يرجع(٤)، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيبًا فأكله.

ولنا: ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب: أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها، وذلك لزوجها غرم على وليها(٥)، ولأنه غره فى النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة، فإذا ثبت هذا فإن كان الولى علم غرم وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليه بجميع الصداق، فإن اختلفوا فى علم الولى فشهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه قال الزهرى وقتادة: إن علم الولى غرم وإلا استحلف بالله العظيم أنه ما علم ثم هو على الزوج.

وقال القاضى: إن كان أبًا أو جدًا أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته علم أو لم يعلم وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم وإن أنكر ولم تقم بينة بإقراره فالقول قوله، ويرجع على المرأة بجميع الصداق وهذا قول مالك إلا أنه قال: إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة وللشافعى قولان كقول مالك والقاضى.

وأما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله ففيه وجه أنه يثبت الخيار لوجود سببه كما لو غر عبد بأمة ولأن الإنسان قد يأنف من عيب غيره ولا يأنف من عيب نفسه.

فصل: وأما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به عيب من غير جنسه كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغى أن يثبت لها خيار لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه.

فصل: وإن حدث العيب بعد العقد فيه وجهان: **أحدهما:** يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقى لأنه قال فإن جب قبل الدخول فلها الخيار فى وقتها لأنه عيب فى النكاح يثبت الخيار مقارنًا فأثبته كالإعسار والرق فإنه يثبت الخيار إذا قارن مثل أن تغر الأمة من عبد ويثبته إذا

---

(٤) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢١٥) عن على ﷺ موقوفًا وسعيد بن منصور فى «السنن» (١/ ٢١٢/ ح٨٢٠).

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ من «كتاب النكاح» (٢/٨/٤١٦) باب ما جاء فى «الصداق» أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢١٤) وعبد الرزاق فى مصنفه (٦/ ٢٤٤، ١٠٦٧٩) وابن أبى شيبة «فى المصنف» (٤/ ١٧٥) من حديث عمر موقوفًا وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ح٨١٨/ ٨١٩/ ٢١٢).

ولنا: على أن الولى إذا لم يعلم لا يغرم، أن التـغرير من غيره فلم يغرم كـما لو كان ابن عم، وعلى أنه يرجع بكل الصـداق أنه مغرور مـنها فرجع بكل الصـداق كمـا لو غره الولى، وقولهم: لا يخـفى على من يراها لا يصح فإن عـيوب الفرج لا اطلاع له عليـها ولا يحل له رؤيتها، وكذلك العيوب تحت الثـياب فصار فى هذا كمن لا يراها إلا فى الجنون فإنه لا يكاد يخفى على من يراها إلا أن يكون غائبًا، وأما الرجوع بالمـهر فإنه لسبب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه بخلاف الموهوبة.

فـصل: إذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به، لأنه رضى بالتـزام نصفُ الصـداق فلم يرجع على أحـد، وإن ماتت أو مـات قـبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملاً ولا يرجع على أحـد، لأن سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وهـهنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به.

١١٨٢- مـسألة: قال: **(ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفـقة إنما تجب لمرأة زوجها له عليها الرجعة)**.

إنما كان كذلك لأنها تبين بالفسخ كما تبـين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليـها الرجعة» رواه النسائى(٦) وهذا إذا كانت حائلاً فـإن كانت حاملاً

طرأت الحرية إذا عـتقت الأمة تحت العبـد ولأنه عقد على منفعـة فحدوث العيب بهـا يثبت الخيـار كالإجارة **والثـانى:** لا يثبت الخيار وهو قول أبى بـكر وابن حامد ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقـد أشبه الحادث بالمبيع والصحيح الأول وهذا ينتقض بالعيـب الحادث فى الإجارة، وقـال أصحـاب الشافـعى: إن حدث بالزوج أثبت الخـيار وإن حدث بالمرأة فكذلك فى أحد الوجهين ولا يثبته فى الآخر، لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة.

ولنا: أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقًا فتساويا فيه لاحقًا كالمتبايعين.

7- مـسألة: قال: **(وإنه علم بالعيب وقت العقد أو قال: قد رضيت بها معيبة بعد العقد أو وجـد منة دلالة على الرضى من وطء أو تمكين مع العلم بالـعيب فـلا خيـار له لا نعلم فيـه خلافًا)**.

لأنه رضى به فأشبه مشترى المعيب، وإن ظن العيب يسيرًا فبان كثيرًا كمن ظن البرص فى قليل من جسـدها فبان فى كثيـر منه فلا خيار له أيضًـا لأنه من جنس ما رضى به، وإن رضى بعيب فبان غيره فله الخيار لأنه وجد بها عيـبًا لم يرض به ولا بجنسه فيثبت له الخيار كالمبيع

---

(٦) أخرجه مـسلم فى كتاب «الطلاق» باب «المطلقة ثلاثًا لا نفقـة لها» (٢/ ١١١٤ - ١١٢١) والنسائى فى كتاب «الطلاق» (٦/ ح٣٤٠٣) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ٤٧٣).

فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح فى حال حملها فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثًا والمختلعة وفى السكنى روايتان، وقال القاضى: لا نفقة لها إن كانت حاملاً فى أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين وفى الآخر لها النفقة لأن النفقة للحمل والحمل لا حق به، وبنوه على أن النكاح فاسد وقد بينا صحته فيما مضى.

فصل: وليس لولى الصغير والصغيرة وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب، لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ ولا حظ لهم فى هذا العقد، فإن زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح، لأنه عقد لهم عقدًا لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة، وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيبًا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم لأن عليه النظر لهم بما فيه الحظ، والحظ فى الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح، لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم إياه فلم يصح كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم.

فصل: وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى، وإن أرادت أن تتزوج معيبًا فله منعها فى أحد الوجهين، قال أحمد: ما يعجبنى أن يزوجها بعنين وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه، لأن من شأنهن النكاح ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا، وذلك لأن الضرر فى هذا دائم والرضى

إذا رضى بعيب فيه فوجد به غيره، وإن رضى بعيب فزاد بعد العقد كأن كان به قليل من البرص فانبسط فى جلدها فلا خيار له لأن رضاه به رضا بما حدث منه.

فصل: وخيار العيب ثابت على التراخى لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع به من الزوج أو التمكين من المرأة، وهذا ظاهر كلام الخرقى لقوله فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك وذكر القاضى أنه على الفور وهو مذهب الشافعى فمتى أخر الفسخ مع العلم والإمكان بطل خياره لأنه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كرد المبيع المعيب.

ولنا: أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخى كخيار القصاص، وخيار العيب فى المبيع ممنوع ثم الفرق بينهما أن ضرره فى المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه وههنا المقصود الاستمتاع وذلك يفوت بعنته، وأما خيار الشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق.

8- **مسألة:** (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للإعسار بالنفقة ويخالف خيار المعتقة لأنه متفق عليه).

9- **مسألة:** (فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر وإن فسخ بعده فعليه المهر المسمى وقيل عنه مهر المثل).

غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالمة فى ابتداء العقد، وربما أفضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها، فملك الولى منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء، والثانى: ليس له منعها لأن الحق لها، وقال القاضى: له منعها من نكاح المجنون وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين لأن ضررهما عليها خاصة، وفى الأبرص والمجذوم وجهان: أحدهما: لا يملك منعها، لأن الحق لها والضرر عليها فأشبها المجبوب والعنين، والثانى: له منعها لأن عليه ضررًا فإنه يتغير به(٧) ويخشى تعديه إلى الولد فأشبه التزويج لمن لا يكافئها وهذا مذهب الشافعى، والأولى أن له منعها فى جميع الصور لأن عليها فيه ضررًا دائمًا وعارًا عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء، فأما إذا اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح، لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما، ويكره لهما ذلك لما ذكره الإمام أبو عبدالله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد، ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج، لأن العار يلحق بهم وينالهم الضرر، فأشبه ما لو زوجها بغير كفء، فأما إن حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ، لأن حقه فى ابتداء العقد لا فى دوامه، ولهذا لو دعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ.

أما إذا فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه سواء كان من الزوج أو من المرأة وهذا قول الشافعى، لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها فيسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى، وإن كان منه فإنما فسخ بعيب بها دلسته بالإخفاء فصار الفسخ كأنه منها فإن قيل: فهلا جعلتم فسخها لعنته كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ قلنا: العوض من الزوج فى مقابلة منافعها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقد عليه رجع العوض إلى العاقد معها وليس من جهتها عوض فى مقابلة منافع الزوج وإنما يثبت لها لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه فى مقابلته عوضًا فافترقا.

فصل: وإن كان الفسخ بعد الدخول فلها المهر لأنه يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلم يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا بفسخ من وجهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضى فى «المجرد» فيه روايتين إحداهما: يجب المسمى والأخرى: مهر المثل بناء على الروايتين فى العقد الفاسد، وقال الشافعى: الواجب مهر المثل لأن الفسخ استند إلى العقد الفاسد.

ولنا: أنها فرقة بعد الدخول فى نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة كالمعتقة تحت عبد، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحًا كما لو لم يفسخه ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحًا فكذلك إذا فسخه كنكاح الأمة إذا

(٧) فى نسخه: يُغيرُ به.

١١٨٣- **مسألة:** قال: (**وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار فى فسخ النكاح**).

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما(٨) والأصل فيه خبر بريرة قالت عائشة: «كاتبت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ فى زوجها، وكان عبدًا، فاختارت نفسها، قال عروة: ولو كان حرامًا ما خيرها رسول الله ﷺ رواه مالك وأبو داود والنسائى(٩)، ولأن عليها ضررًا فى كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما تزوج حرة على أنه حر فبان عبدًا فإن اختارت الفسخ فلها فراقه، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أسقطت حقها، وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله.

فصل: وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبى قلابة وابن أبى ليلى ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق، وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعى وحماد بن أبى سليمان والثورى وأصحاب الرأى: لها الخيار، لما روى الأسود عن عائشة: أن النبى ﷺ خير بريرة وكان زوجها حرًا رواه النسائى(١٠)، ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبدًا.

ولنا: أنها كافأت زوجها فى الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم، فأما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بريرة كان

عتقت تحت عبد ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الإحصان والإباحة للزوج الأول وسائر أحكام الصحيح ولأنه لو كان فاسدًا لما جاز بقاؤه وتعين نسخه وما ذكروه لا يصح فإن الفسخ يثبت حكمه من حينه غير سابق عليه وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعًا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لمن يصر العقد فاسدًا ولا يكون النماء لغير المشترى ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح.

10- **مسألة:** (**ويرجع به على من غره من المرأة والولى وعنه لا يرجع**).

المذهب أنه يرجع وهو الذى ذكره الخرقى، وقال أبو بكر: فيه رواية أخرى أنه لا يرجع قال شيخنا: والصحيح أن المذهب رواية واحدة أنه يرجع فإن أحمد قال: كنت أذهب إلى قول علىٍّ فهبته، فملت إلى قول عمر: إذا تزوجها فرأى جذامًا أو برصًا فإن لها صداقها بمسيسته إياها ووليها ضامن للصداق وهذا يدل على أنه يرجع إلى هذا القول وبه قال الزهرى

---

(٨) انظر الإجماع لابن المنذر (٧٧/ ٣٥٥).

(٩) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٢٥/ ٥٦٢) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٣٣) والنسائى فى «السنن» (٦/ ح٣٤٥١) وأخرجه البخارى أيضًا فى الصحيح (٣/ ١٩٢) ومسلم فى صحيحه (٢/ عتق/ ٩/ ١١٤٣).

(١٠) أخرجه النسائى فى «سننه» (٥/ ح٢٦١٣) وإسناده صحيح.

عبـدًا[١١] وهما أخص بها من الأسود لأنهما ابن أخيـها وابن أختها، وقد روى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أن زوج بريرة كان عبدًا فتعارضت روايتاه وقال ابن عباس: كان زوج بريرة عبدًا أسود لبنى المغيرة يقـال له: مغيث رواه البخارى وغيره[١٢]، وقالت صـفية بنت أبى عبيد «كان زوج بريرة عبدًا» قال أحـمد هذا ابن عباس وعائشة قالا فى زوج بريرة إنه عبد، رواية عـلماء المدينة وعملهم وإذا روى أهل المـدينة حديثًا وعملوا به فـهو أصح شيء وإنما يصح أنه حر عن الأسـود وحده وأما غيره فلـيس بذاك قال: والعقد صحـيح فلا يفسخ بالمختلف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد، لأن العبد ناقص فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر.

فـصل: وفرقة الخـيار فسخ لا ينقص بها عـدد الطلاق نص عليه أحمـد ولا أعلم فيه خلافًـا: قيل لأحمـد: لم لا يكون طلاقًا؟ قال: لأن الطلاق مـا تكلم به الرجل ولأنها فـرقة لاختيار المرأة فكانت فسخًا كالفسخ لعنة أو عته.

١١٨٤- **مسألة:** قال رحمه الله تعالى: **(فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم)**.

وجـملة ذلك: أن خيار المعتقة على التراخى ما لم يوجد أحد هذين الأمرين عتق زوجها أو وطؤه لهـا ولا يمنع الزوج من وطئهـا، وممن قـال: إنه على التراخى: مـالك والأوزاعى

وقتادة ومالك والشافعى فى القديم، وروى عن على أنه لا يرجع، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به علـى غيره وكما لو كان المبيع معينًا فأكله.

ولنا: مـا روى مالك عن يحـيى بن سعيـد عن سعـيد بن المـسيب قـال: قال عـمر بن الخطاب: أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمـسها فلها صداقها[4]، وذلـك لزوجها غـرم على وليها ولأنه غره فى النكاح بما يثـبت الخيار فكان المهر عليه كـما لو غره بحرية أمة، إذا ثبت هذا فإن كان الولى علم غرم، وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وإن اختلفوا فى علم الولى فشهدت عليه بينة بالإقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمـينه وقال الزهرى وقتـادة إن علم الولى غرم وإلا استـحلف بالله أنه ما علم ثم هو

---

(١١) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٣٤) وأخرجه مـسلم أيضًا من طريق يزيد بن رومـان عن عروة عن عائشة قالت: «كان زوج بريرة عبدًا».

(١٢) أخرجـه البخارى فى كـتاب «الطلاق» (٩/ ح٥٢٨٢/ فتح) والنسـائى فى «سننه» (٨/ ح٥٤٣٢) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٣٢) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح٢٠٧٥).

(4) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ نكاح/ ٨/ ٤١٦) والبيهقـى فى «السنن» (٧/ ٢١٤) وسيأتى مستوفيًا فى المغنى.

وروى ذلك عن عبدالله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهرى وقتادة وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة، وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين: لها الخيار فى مجلس العلم وللشافعى ثلاثة أقوال أظهرها: كقولنا: والثانى: أنه على الفور كخيار الشفعة، والثالث: أنه إلى ثلاثة أيام.

ولنا: ما روى الإمام أحمد فى المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال: سمعت رجالاً يتحدثون عن النبى ﷺ «أنه قال: إذا عتقت الأمة فهى بالخيار ما لم يطأها، إن شاءت فارقته وإن وطئها فلا خيار لها»(١٣) رواه الأثرم أيضًا، وروى أبو داود أن بريرة عتقت وهى عند مغيث عبد لآل أبى أحمد فخيرها النبى ﷺ فقال لها: «إن قربك فلا خيار لك»(١٤) ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فى عصرهم قال ابن عبد البر(*): لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفًا من الصحابة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق، فأشبه ما قلنا، إذا ثبت هذا فمتى عتق قبل أن تختار سقط خيارها، لأن الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيبه، وهذا أحد قولى الشافعى وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم، نص عليه أحمد وهو قول من سمينا فى صدر المسألة، وذكر القاضى وأصحابه أن لها الخيار وإن أصيبت ما لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها، وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثورى والأوزاعى

على الزوج، وقال القاضى: إن كان أبًا أو جدًا أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته علم أو لم يعلم، وإن كان ممن لا يجوز له أن يرها كابن العم والمولى وعلم غرم، وإن أنكر ولم تقم البينة بإقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق، وهذا قول مالك إلا أنه قال: إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة وللشافعى قولان كقول مالك والقاضى.

ولنا على أن الولى إذا لم يعلم لا يغرم أن التغرير من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم وعلى أنه يرجع بكل الصداق لأنه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولى، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فإن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها

---

(١٣) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٤/ ٦٥) من طريق ابن لهيعة عن عبد الله بن جعفر عن الفضل بن عمرو ابن أمية عن أبيه قال: سمعت رجلاً... ثم ذكره وإسناده ضعيف، فيه ابن لهيعة مدلس وقد عنعنه.

(١٤) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢١٦) من طريق محمد بن إسحاق عن أبى جعفر وإسناده جيد لولا عنعنة ابن إسحاق فهو مدلس والدارقطنى (٣/ ٢٩٤) من طريقين: **الأول**: طريق محمد بن إسحاق وهو مدلس **الثانى**: من طريق محمد بن إبراهيم الشامى وهو متهم بالوضع وكذلك البيهقى فى «السنن» (٧/ ٢٢٥) من طريق محمد بن إبراهيم الشامى وقد تقدم الكلام عنه فلا يتقوى الحديث وهو ضعيف.

(*) انظر التمهيد لابن عبد البر (٣/ ٥٢).

والشافعي وإسحاق، لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو لم تصب.

ولنا: ما تقدم من الحديث، وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة لبني عدى يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت قالت: فأرسلت إلى حفصة فدعتني فقالت: إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك فإن مسك فليس لك من الأمر شيء، فقلت: هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثًا(١٥) وقال مالك عن نافع عن ابن عمر: أن لها الخيار ما لم يمسها، ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كالخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول، فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهى ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها فى بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم ذلك، وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها لكونها فى بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها، لأنه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها، لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس، والظاهر صدقها فيه، وللشافعى فى قبول قولها فى ذلك قولان.

فصل: فإن أعتق العبد والأمة دفعة واحدة فلا خيار لها، والنكاح بحاله سواء أعتقها رجل واحد أو رجلان نص عليه أحمد، وعنه لها الخيار، والأول أولى، لأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ فالمقارنة أولى كإسلام الزوجين، وعن أحمد إذا عتقا معًا انفسخ النكاح ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد سرية وأذن له فى التسرى بها ثم أعتقهما جميعًا صارا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد واحتج

وكذلك العيوب تحت الثياب فصار فى هذا كمن لا يرها إلا فى الجنون فإنه لا يكاد يخفى على من يراها إلا أن يكون غائبًا، وأما الرجوع بالمهر فإنه بسبب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه بخلاف الموهوبة.

فصل: فإن طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لأنه رضى بالتزامه فلم يرجع على أحد وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملاً ولا يرجع به على أحد لأن سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وهنا استقر الصداق بالموت ولا يرجع به.

فصل: ولا سكنى لها ولا نفقة لأن ذلك إنما يجب لمن لزوجها عليها الرجعة وهذه تبين بالفسخ كما تبين بالثلاث وليس لزوجها عليها رجعة فلم يجب لها نفقة ولا سكنى لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس: **(النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة)**(5) رواه

(١٥) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٢٧/ ٥٦٣) من كتاب «الطلاق» وابن عبد البر فى التمهيد (٣/ ٥٢).
(5) أخرجه مسلم (٢/ طلاق/ ١١١٤ - ١١٢١) والنسائى فى «الطلاق» (٦/ ح٣٤٠٣).

أحمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر أن عبداً له كان له سريتان فأعتقهما وأعتقه فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد(١٦)، ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبح له التسرى بها كالحرة الأصلية، وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها فلأن لا ينفسخ بإعتاقهما معًا أولى ويحتمل أن أحمد إنما أراد بقوله: انفسخ نكاحها: أن لها فسخ النكاح، وهذا تخريج على الرواية التى تقول بأن لها الفسخ إذا كان زوجها حرًا.

فصل: ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه وقد روى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجا فقالت للنبى ﷺ: إنى أريد أن أعتقهما فقال لها: «فابدئى بالرجل قبل المرأة»(١٧) وعن صفية بنت أبى عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل: إنى بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار(١٨).

فصل: إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما فى الحال لأنه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنها لأن هذه طريقة الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص، فإذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم وهذا الحكم فيما لو كان بزوجيهما عيب يوجب الفسخ، فإن كان زوجاهما قد وطئاهما فظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار لهما لأن مدة الخيار انقضت، وعلى

النسائى وهذا إذا كانت حائلاً فإن كانت حاملاً فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح وهى حامل فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثًا، والمختلعة وفى السكنى روايتان، وقال القاضى: لا نفقة لها وإن كانت حاملاً فى أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين وفى الآخر: لها النفقة، لأن النفقة للحمل والحمل لاحق به وبنوه على النكاح الفاسد وقد بينا صحته فيما مضى.

فصل: قال الشيخ ﷺ (**وليس لولى صغيرة ولا مجنونة ولا سيد أمة تزويجها معيبًا**).

لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ، ولا حظ لهم فى هذا العقد فإن زوجهن مع العلم بالعيب لم يصح النكاح وكذلك الحكم فى الصغير لأنه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كما لو

---

(١٦) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢١٥).

(١٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٣٧) والنسائى فى «سننه» (٦/ ح٣٤٤٦) وابن ماجه (١/ ٢٥٣٢) من طريق عبد الله بن عبد الرحمن بن وهب عن القاسم بن محمد عن عائشة وفى إسناده ابن وهب ليس بالقوى كما قال الحافظ فى التقريب.

(١٨) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٢٥٥) وابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٣/ ٣٣٤) من كتاب النكاح.

قول القاضي وأصحابه لهما الخيار، لأنه لا رأى لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلاً على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة، ولا يمنع زوجاهما من وطئهما.

١١٨٥- **مسألة:** قال رحمه الله: **(فإن كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسرًا)**.

إنما شرط الإعسار في المعتق، لأن الموسر يسرى عتقه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لا يسرى عتقه بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ، وهذا قول الشافعي، وعن أحمد أن لها الخيار حكاها أبو بكر واختارها، لأنها أكمل منه فإنها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الحرية، ووجه قول الخرقي أنه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرة الكاملة، لأنها كاملة الأحكام وأيضًا ما علل به أحمد وهو أن العقد صحيح لا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها.

فصل: ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت، لأنها تخرج من الثلث ولها الخيار وإن لم تكن قضبته عتق ثلثها في الحال وفي الخيار لها وجهان، فكلما اقتضى من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك، فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ، لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها، وعلى قول الخرقي لا يبطل، لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها، فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الخرقي، لأن فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كمال قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضى إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط،

باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة، وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيبًا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم لأن عليه النظر لهم فيما فيه الحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم إياه فلم يصح كما لو زوجهم ممن يحرم عليهم.

11- **مسألة: (وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها)** بغير خلاف نعلمه لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى.

12- **مسألة: (فإن اختارت الكبيرة تزويج مجبوب أو عنين لم يملك منعها)**.
لأن الحق لها في أحد الوجهين، والوجه الثاني: له أن يمنعها.

قال أحمد: ما يعجبني أن يزوجها بعنين وإن رضيت الساعة تكره إذا أدخلت عليه، لأن من شأنهن النكاح، ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا، وذلك لأن الضرر في هذا دائم، والرضى غير موثوق بدوامه ولا تتمكن من التخلص إذا كانت عالمة في ابتداء العقد، وربما أفضى إلى

وهذا مذهب الشافعي، وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفى عتق ثلثاها، وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها.

١١٨٦- **مسألة:** قال: (فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد).

وجملته: أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب، لأنه واجب بالعقد، فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط، وإن فسخت بعد الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء، وهو للسيد في الحالين لأنه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده، وقال أصحاب الشافعي: إن كان الدخول قبل العتق أو بعده، فالواجب المسمى وإن كان بعده فالواجب مهر المثل، لأن الفسخ استند إلى حالة العتق فصار الوطء في نكاح فاسد.

ولنا: أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأنها حرة حينئذ، وقولهم إن الوطء في نكاح فاسد: غير صحيح فإنه كان صحيحًا ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الإحلال للزوج الأول والإحصان وكونه حلالاً، وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها، نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى: للسيد نصف المهر لأنه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره.

ولنا: أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه، وقوله: «وجب للسيد» قلنا: لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه بإسلامها وردتها.

فصل: ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضًا لأنه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض، وكذلك لو مات أحدهما وجب، والموت لا يوجب فدل على أنه وجب

الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء.

وقال القاضي: له منعها من نكاح المجنون، وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين لأن ضررهما عليها خاصة، وفي الأبرص والمجنون وجهان أحدهما: لا يملك منعها لأن الحق لها والضرر عليه أشبه المجبوب والعنين والثاني: له منعها، لأن عليه ضررًا فيه فإنه يتغير به ويخشى تعديه إلى الولد فأشبه التزويج بغير كفء، وهذا مذهب الشافعي والأولى أن له منعها لأن عليها فيه ضررًا دائمًا وعارًا عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير الكفء، فأما إن اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ويكره لهما ذلك لما ذكره أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن

بالعقـد، وإن كان الفسـخ قبل الدخول والفـرض فلا شيء إلا على الرواية الأخـرى ينبغى أن تجب المتعة لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول فى موضع لو كان مسمى وجب نصفه.

فصل: فإن طلقها طلاقًا بائنًا ثم أعتقت فلا خيار لها لأن الفسخ إنما يكون فى نكاح ولا نكاح هـهنا، وإن كان رجـعيّا فلها الخيار فى العـدة لأن نكاحها باق فيمكن فسـخه، ولها فى الفسخ فائدة فإنها لا تأمن رجعته لها فى آخر عدتهـا فتحتاج إلى استئناف عدة أخرى فسخت، فإذا فسخت انقطعت الرجعة وثبتت على ما مضى من عدة الطلاق ولا تحتاج إلى استئناف عدة لأنها معتدة من الطلاق»[١٩] إذا لم يفسخ، فإن قيل: فيفسخ حينئذ؟ قلنا: إذًا تحتاج إلى عدة أخرى وإذا فسخت فى عدتها ثبتت على ما مـضى من عدتها ولم تحتج إلى عدة أخرى، لأنها معتدة من الـطلاق والفسخ لا ينافيها ولا يقطعهـا فهو كما لو طلقهـا طلقة أخرى وينبنى على عدة حرة، لأنهـا عتقت فى أثناء العدة وهى رجعيـة، فإن اختارت المقام بطل خـيارها، وقال الشافعى: لا يبطل لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى البينونة وذلك ينافى اختيار المقام.

ولنا: أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فـصح اختيار المقام كصلب النكاح وإن لم تختر شيئًا لم يسـقط خيارها لأنه على التراخى ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحـتمال أنه كان لجريانها إلى بيـنونة اكتفاء منها بذلك، فـإن ارتجعها فلها الـفسخ حينئذ فإن فـسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لأن طلاق العـبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طلقتين لأنه صار حرًا فملك ثلاث طلقات كسائر الأحرار.

فـصل: فإن طلقها بعد عتقها وقبل اخـتيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقع طلاقه وبطل خـيارها، لأنه طلاق من زوج جائـز التصرف فى نكاح صـحيح فنفذ كـما لو لم يعتق، وقال القاضى: طلاقـه موقوف فإن اختارت الفسخ لم يـقع الطلاق، لأن طلاقه يتضمن إبطال حقـها من الخيـار وإن لم تختر وقع، وللشـافعى قولان كـهذين الوجهـين، وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند إلى حالة العتق فيكون الطلاق واقعًا فى نكاح مفسوخ.

ولنا: أنه طلاق من زوج مكلف مختار فى نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كمـا لو لم تختر، وقـد ذكرنا أن الفـسخ يوجب الفرقة حـينئذ ولا يجوز تـقديم الفرقـة عليه

يملك سـائر الأولياء الاعتـراض عليهـا ومنعهـا من هذا التزويج لأن العـار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كفء.

13- **مسألة:** (فأما إن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك إجبارها على الفسخ إذا رضيت).

لأن حق الولى فى ابتداء العـقد لا فى دوامه ولهذا لو دعت وليـها إلى تزويجها بعـبد لم تلزمه إجابتها ولو أعتقت عبدًا لم يملك إجبارها على الفسخ.

---

(١٩) سقط من المطبوعة وأثبتناه من نسخه «هـ».

والحكم لا يتقدم سببه ولأن العدة تبتدئ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء فى نكاح صحيح يثبت الإحصان والإحلال للزوج الأول ولو كان الفسخ سابقًا عليه لانعكست الحال، وقول القاضى: أنه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح، فإن الطلاق يحصل به مقصود الفسخ من زيادة وجوب نصف المهر وتصير العدة عليها فإن ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه، ثم لو كان مبطلاً لحقها لم يقع وإن لم تختر الفسخ كما لو لم يصح تصرف المشترى فى المبيع فى مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائنًا فإن كان رجعيًا لم يسقط خيارها على ما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا، فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بانت بالفسخ وإن لم يفسخ فلها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق (وهكذا لو ارتدت أو أسلمت الكافرة)(٢٠).

فصل: وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب فى المبيع بخلاف الفسخ فى النكاح فإنه مجتهد فيه فافتقر إلى حكم الحاكم كالفسخ للإعسار.

فصل: فإن اختارت المعتقة الفراق كان فسخًا ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثورى والحسن بن على والشافعى، وذهب مالك والأوزاعى والليث إلى أنه طلاق بائن، قال مالك: إلا أن تطلق نفسها ثلاثًا فتطلق ثلاثًا واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثًا(٢١) فلم يبلغنا أن أحدًا من الصحابة أنكر ذلك، ولأنها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل.

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب بدون تحريم المحرمات

وجملة ذلك أن أنكحتهم يتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والإيلاء ووجوب المهر والقسمة والإباحة للزوج والإحصان وغير ذلك، وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبى والنخعى والزهرى وحماد والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك.

ولنا: أنه طلاق من بالغ عاقل فى نكاح صحيح فوقع كالطلاق المسلم فإن قيل: لا نسلم صحة أنكحتهم، قلنا: دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال: ﴿وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ وقال: ﴿امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ﴾ وحقيقة الإضافة تقتضى زوجية صحيحة ولدت من نكاح لا من سفاح، وإذا ثبتت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين فعلى هذا إذا طلق الكافر

---

(٢٠) سقط من المطبوعة وأثبتناه من نسخة «هـ».

(٢١) تقدم برقم (١٦).

ولنا: قوله ﷺ: «الطلاق لمن أخـذ بالساق»(٢٢) ولأنها فرقـة من قبل الزوجة فكانت فسخًا كمـا لو اختلف دينهما أو أرضعت من يفسخ نكاحها برضـاعه، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره فى الصحابة، فعلى هذا لو قـالت: اخترت نفسى أو فسخت النكاح انفسخ، ولو قالت: طلـقت نفسى ونوت المفـارقة كان كـناية عن الفسخ لأنه يؤدى إلى مـعناه، فصح كنايةً عنه، كالكناية بالفسخ عن الطلاق.

ثلاثًا ثم تزوجهـا قبل زوج وإصابة ثم أسلمـا لم يقرا عليه وإن طـلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهى عنده على ما بقى من طلاقها وإن نكحهـا كتابى وأصابها حلت لمطلقها ثلاثًا سواء كان المطلق مسلمًا أو كافرًا وإن ظاهر الذمى من امرأته ثم أسلمـا فعليه كفارة الظهار لقول الله تعـالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ الآية، فـإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعـالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ ويحرم عليهم ما يحرم فى النكاح على المسلمين على ما ذكرنا فى باب المحرمات فى النكاح.

1- **مسألة:** (ويقرون على الأنكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا إلينا).

إنما يقرون بهذين الشرطين أحدهما: أن لا يترافعوا إلينا الثانى: أن يعتقدوا إباحة ذلك فى دينهم لأن ما لا يعتقدون حله ليس من دينهم فلا يقـرون عليه كالزنا والسرقة، قال الله تعالى: ﴿فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا﴾ فيـدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لـم يجيئوا إلينا، ولأن النبـى ﷺ أخذ الجزية من مجـوس هجر ولـم يعترض عليـهم فى أنكحتهم مع علمه أنهم يسـتبيحون نكاح مـحارمهم ولأنه أسلم خلق كثيـر فى زمن النبى ﷺ أقرهم على أنكحتهم ولم يكشف عن كـيفيتها فـإذا لم يرتفعوا لم نتعرض لهم لأنا صالحناهم على الإقرار على دينهم، وعن أحـمد فى مجوسى تزوج كتابية أو اشترى نصرانيـة قال: يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهمـا؟ قال: الإمام، قال أبو بكر: لأن علينا ضـررًا فى ذلك بتـحريم أولاد النصـرانيـة علينا ويجىء على قـوله فى تزويج النصـرانى المجـوسيـة فيخـرج من هذا أنهم لا يقيـمون على نكاح مـحرم وأن يحـال بينهم وبين نكاح محارمهم فإن عمر كتب أن فرقوا بين كل ذى رحم من المجوس وقال أحمد فى مجوسى ملك أمة نصرانية: يحال بينه وبيـنها ويجبر على بيعها لها دين وله دين فإن ملك نصـرانى مجوسية فلا بأس إن وطأها، وقال أبو بكر عبد العزيز: لا يباح له وطؤها أيضًا لما ذكرناه من الضرر.

2- **مـسـألة:** (وإن أسلموا أو ترافـعوا إلينا فى ابتـداء العقـد لم نمضه إلا عـلى الوجه الصحيح مثل أنكحة المسلمين بالولى والشهود والإيجاب والقبول).

لأنه لا حاجـة إلى عقـد يخالف ذلك، قـال الله تعالى: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَـاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾ وإن كان فى إثباته لا يتعرض فى كيفية عقدهم ولا تعتبر له شروط أنكحة المسلمين

---

(٢٢) تقدم برقم (٩/ ٤٢١).

فصل: وإن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار، لأن عدم الكمال فى الزوجة لا يؤثر فى النكاح وكذلك لا تعتبر الكفاءة إلا فى الرجل دون المرأة، ولو تزوج امرأة مطلقًا فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقًا فبان عبدًا كان لها الخيار، وكذلك فى الاستدامة لكن إن أعتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين تقدم ذكرهما.

من الولى والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين، قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معًا فى حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع وقد أسلم خلق كثير فى عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم فأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبى ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا.

3- **مسألة: (لكن إن كانت المرأة فى هذه الحال ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة أو المرتدة أو الوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثًا لم يقرا).**

لحديث عمر وإن تزوجها فى العدة وأسلما بعد انقضائها أقرا لأنها مما يجوز ابتداء نكاحها وإن ترافعا إلينا فى العدة فسخ نكاحهما لأنه لا يحوز ابتداء نكاحهما وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لأنه إن كان بعد المدة لم يبق بينهما نكاح وإن كان فى المدة فهما لا يعتقدان تأبيده والنكاح عقد مؤبد إلا أن يعتقد فساد الشروط وحده وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك وإن كان بعدها أقرا لأنهما يعتقدان لزومه وكل ما اعتقدوه نكاحًا فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا.

4- **مسألة: (وإن قهر حربى حربية فوطئها أو طاوعته أو اعتقداه نكاحًا ثم أسلما أقر عليه).**

لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولى، وإن لم يعتقداه نكاحًا لم يقرا عليه لأنه ليس من أنكحتهم.

5- **مسألة: (وإذا كان المهر مسمى صحيحًا أو فاسدًا قبضته استقر وإن كان فاسدًا فلم تقبضه فرض لها مهر المثل).**

إذا أسلم الكفار وترافعوا إلينا بعد العقد والقبض لم نتعرض لما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالاً كان أو حرامًا بدليل قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا**﴾ (البقرة: ٢٧٨) فأمر بترك ما بقى من دون ما قبض وقال تعالى: ﴿**فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ**﴾ (البقرة: ٢٧٥) ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم فى الحرام ففيه تنفيرهم عن الإسلام فعفى عنه كما عفى عن ترك ما تركوه من الفرائض والواجبات ولأنهما تقابضا بحكم الشرك

فـصل: وإذا عتقت الأمة فقالت لزوجها زدنى فى مـهرى ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حرًا أو عبدًا وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فيما إذا زوَّج عبده من أمته ثم أعتقا جميعًا فقـالت الأمة: زدنى فى مهرى فالزيادة للأمة لا للسيد، فقيل: أرأيت إن كان الزوج لغير السـيد لمن تكون الزيادة؟ قال: للأمة، وعلى قياس هذا لو زوجـها سيدها

فبرئت ذمة من هو عليـه منه كما لو تبايعا بيعًـا فاسدًا وتقابضا وإن لم يتقابضـا وكان المسمى حلالاً وجب ما سمـيا لأنه مسمى صحيح فى نكاح صـحيح فوجب كتسمـية المسلم وإن كان حرامًا كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لأن ما سمياه لا يجوز إيجابه فى الحكم ولا يجوز أن يكون صداقًا لمسلمة ولا فى نكاح مسلم ويجب مهـر المثل إن كان قبل الدخول ونصفه إن وقعت الفرقـة قبل الدخول وبهذا قال الشافـعى وأبو يوسف وقال أبو حنيفة: إن كان أصـدقها خمرًا أو خنزيـرًا معينين فليس لها إلا ذلك وإن كـانا غير معينـين فلها فى الخمر القـيمة وفى الخنزير مهرالمثل استحسانًا.

ولنا: أن الخمر لا قيـمة له فى الإسلام فكان الواجب مهر المثل كمـا لو أصدقها خنزيرًا ولأنه محرم أشبه الخنزير.

فصل: وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقى من مهر المـثل فإن كان الصداق عشرة زقاق خمـر متساوية فقبضت منها خـمسة سقط نصف المهـر ووجب لها نصف مـهر المـثل وإن كانت مخـتلفة اعـتبر ذلك بالـكيل فى أحد الوجهين، لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر ذلك بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه **والثانى:** يقسم على عددها لأنه لا قيمة لها فاستوى كبيرها وصغيرها وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان **أحدهما:** يقسم على عددها لما ذكرنا **والثانى:** تعتبر قيمتها كأنها مما يجوز كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد، وإن أصدقها كلبًا وخنزيرين وثلاث زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه **أحدها:** يقسم على قدر قيمـتها عندهم **والثـانى:** يقسم على عدد الأجناس فيـجعل لكل جنس ثلث المهر **والثالث:** يقسم على العدد فلكل واحد سدس المهر وللكلب سدس ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعى على نحو هذا.

فـصل: فإن نكحها نكاحًا فاسـدًا وهو ما لا يقرون عليه إذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم فأسلما قبل الدخول أو ترافـعوا إلينا فرق بينهما ولا مهر لها، قال أحمـد فى المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يمـوت عنها فترتفع إلى المسلمين لا مهر لها وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه فى الإسلام وجدت فيه الفرقة قبل الدخول، وأما إن دخل بها فهل يجب مهر المثل؟ يخرج على روايتين فى المسلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة.

فصل: إذا تزوج ذمى ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المـثل كما فى نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعى

ثم باعها فزادها زوجها فى مهرها فالزيادة للثانى، وقال القاضى: الزيادة للسيد المعتق فى الموضعين على قياس المذهب لأن من أصلنا أن الزيادة فى الصداق تلحق بالعقد الأول فتكون كالمذكورة فيه، والذى قلناه أصح لأن الملك فى الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والموهوب لها، وقولنا: إن الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقًا، وليس معناه أنا تبينا أن الملك كان ثابتًا فيها وكان لسيدها، فإن هذا محال، ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لأنه يؤدى إلى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتًا للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته وكان له نماؤه، وهذا أظهر من أن نطيل فيه.

وقال أبو حنيفة: إن تزوجها على أنه لا مهر لها فلا شىء لها وإن سكت عن ذكره فعنه روايتان إحداهما: لا مهر لها والأخرى: مهر المثل، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها وقد أسقطت حقها والذى يطالب به حق الله تعالى.

ولنا: أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وإنما وجب المهر فى حق المسلمة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد فى حق الذمى.

فصل: قال الشيخ ﷺ: إذا أسلم الزوجان معًا أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم فى هذا اختلاف بحمد الله، وذكر ابن المنذر أنه إجماع من أهل العلم وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلمًا على عهد النبى ﷺ ثم جاءت امرأته بعده فقال: يا رسول الله إنها كانت أسلمت معى فردها عليه، ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح، ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد ولأنه يتعذر اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا فى النادر فيبطل الإجماع، وإذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معًا فى النكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيًا أو غير كتابى لأن للمسلم ابتداء نكاح الكتابية فاستدامته أولى، ولا خلاف فى هذا بين القائلين بجواز نكاح الكتابية للمسلم.

6- مسألة: (فإن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيًا أو غير كتابى إذ لا يجوز لكافر نكاح المسلمة) قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم.

7- مسألة: (فإن كانت هى المسلمة فلا مهر لها، وإن كان هو المسلم قبلها فلها نصف المهر وعنه لا مهر لها).

وجملة ذلك أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام المرأة فلا شىء لها، لأن الفرقة

من جهتـها وبهذا قال الحسن ومـالك والزهرى والأوزاعى وابن شبرمة والشافـعى وعن أحمد رواية أخرى: أن لها نصف المهر إذا كانت هى المسلمة اختارها أبو بكر وبه قال قتادة والثورى ويقتضيه قول أبى حنيفة لأن الفرقة حصلت من قبله بامتناعه من الإسلام وهى فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت، ونقل عن أحمـد فى مجوسى أسلم قـبل أن يدخل بامرأته فلا شىء لهـا من الصداق لما ذكـرنا، ووجه الأولى أن الفرقة حصلت باختلاف الدين وقد حصل بإسلامها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كمـا لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فإنه من جهـة الزوج ولهذا لو علقه على دخولها فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر، فأما إن حصلت الفرقة بإسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر المثل إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرًا أو خنزيرًا لأن الفرقة حصلت بفعله وعنه لا مهـر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها لكونها امتنعت من الدخول فى الإسلام.

فصل: إذا انفسخ النكاح بأحد الزوجين قبل الدخول مثل أن يسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيـين تعجلت الفرقة على ما ذكـرنا ويكون ذلك فسخًا لاطلاقا وبهذا قـال الشافعى وقال أبو حنيفة: لا تتعجل الفرقة بل إن كان فى دار الإسلام عرض على الآخر فإن أبى وقعت الفرقة حينئذ وإن كان فى دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فإن كان الآباء من الزوج كان طلاقًا لأن الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقًا كما لو لفظ به وإن كـان من المرأة كـان فسـخًا لأن المـرأة لا تملك الطلاق وقـال مالك: إن كـانت هى المسلمـة عرض عليه الإسـلام وإلا وقعت الفرقـة وإن كان هو المســلم تعجلت الفرقـة لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: ١٠).

ولنا: أنه اختـلاف دين يمنع الإقرار على النكاح فـإذا وجد قبل الـدخول تعجلت الفـرقة كالردة، وعلى مـالك كإسـلام الزوج أو كما لو أتى الآخـر للإسلام لأنه إن كـان هو المسلم فليس له إمساك كافرة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ وإن كانت هى المسلمة فلا يجوز ابقاؤها فى نكاح مشرك.

ولنا: على أنها فرقـة فسخ، أنها فرقة بإخـتلاف الدين فكانت فسخًـا كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ولأنها فرقة بغير لفظ فكانت فسخًا كفرقة الرضاع.

8- **مسألة:** (وإن قالت اسلمت قبلى وأنكرها القول قولها).

لأن المهر وجب بالعقد والزوج يدعى ما يسـقطه والأصل بقاؤه ولـم يعارضه ظاهر فبقى وإن اتفقا على أن أحـدهما قبل الآخر ولا يعلمان عينه فلهـا نصف الصداق ذكره أبو الخطاب لما ذكرنا.

وقال القاضي: إن لم تكن قبضت فلا شيء لها لأنها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وإن كان بعد القبض لم يرجع عليها لأنه يشك في استحقاق الرجوع فلا يرجع مع الشك والأول أصح لأن اليقين لا يزول بالشك وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على اليقين وهذه كان صداقها واجبًا وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب.

9- مسألة: (وإن قال الزوج أسلمنا معًا فنحن على النكاح فأنكرته فعلى وجهين).

قال القاضي: القول قول المرأة، لأن الظاهر معها إذ يبعد اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وكذلك كان القول قول صاحب اليد وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أن القول قول الزوج، لأن الأصل بقاء النكاح والفسخ طارئ عليه فكان القول قول من يوافق قوله الأصل كالمنكر وللشافعي قولان كهذين الوجهين.

فصل: فإن اختلفا بعد الدخول فقال الزوج: أسلمنا معًا أو أسلم الثاني منا في العدة فنحن على النكاح وتقول هي: بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان أحدهما: القول قوله لأن الأصل بقاء النكاح والثاني: القول قولها لأن الأصل عدم إسلام الثاني.

10- مسألة: (وإن أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة فإن أسلم الثاني قبل انقضائها فهما على نكاحهما وإلا تبينا أن الفرقة وقعت من حين أسلم الأول).

روى عن أحمد رحمه الله في هذه المسألة روايتان إحداهما: أن الأمر يقف على انقضاء العدة على ما ذكرنا وهذه الرواية التي ذكرها الخرقي فعلى هذا إذا لم يسلم الثاني في العدة لا يحتاج إلى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والأوزاعي والشافعي وإسحاق ونحوه عن عبد الله بن عمر ومجاهد ومحمد بن الحسن والثانية: تتعجل الفرقة كما قبل الدخول وهذا اختيار الخلال وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة وقال مالك: إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة وإن أسلمت المرأة قبله وقف الأمر على انقضاء العدة واحتج بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: ١٠) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع.

ولنا: ما روى مالك في موطئه عن ابن شهاب كان بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنينًا والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح[1]، قال ابن

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٤٥/ ٥٤٤) والبيهقي (٧/ ١٨٦) وإسناده ضعيف.

عبد البـر وشهرة هذا الحديـث أقوى من إسناده وقال ابن شهـاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمـة حتى أتى اليمن فارتحلت حـتى قدمت عليه اليمن فدعـته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع فثـبتا على نكاحهما[2] وقال ابن شبرمة: كـان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المـرأة والمرأة قبل الرجل فأيهمـا أسلم قبل انقضاء عـدة المرأة فهى امرأته فإن أسلم بعد العـدة فلا نكاح بينهما[3]، ولأن أبا سفيان خرج فـأسلم عام الفتح قبل دخول النبى ﷺ مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فـتح النبى ﷺ مكة فثبتا على النكاح[4] وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته[5]، وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن أبى أمية عام الفتح فلقيـا النبى ﷺ بالأبواء فأسلما قبل نسائهمـا ولم يعلم أن النبى ﷺ فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ويبـعد أن يتفق إسلامهمـا معًا ويفارق ما قبل الدخـول فإنه لا عدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة وهـهنـا لها عدة فإذا انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الأول فلا يحتـاج إلى عدة ثانية لأن اختلاف الدين سبب الـفرقة فتحسب الفـرقة منه كالطلاق فعلى هذه الرواية لو وطئها الزوج فى عدتها ولم يسلم الثانى فيها فلها عليه المهر ويؤدب لأننا تبينا أنه وطئها بعد البينونة وانفســاخ النكاح فيكون واطئًا فى غير ملك وإن أسلم فلا شىء لها لأننا تبينا أن النكاح لم ينفسخ وأنه وطئها فى نكاحه فلم يكن عليه شىء.

فـصل: فإن أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح فى قول عامة العلماء قـال ابن عبد البر: لم يختلف العلماء فى هذه الأشياء روى عن النـخعى شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد إلى زوجها وإن طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبى العاص بنكاحها الأول رواه أبو داود[6]، واحتج به أحمد قيل له: أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال: ليس ذلك أصل قيل: كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين.

ولنا: قولـه تعالى: ﴿لا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ (الممتحنة: ١٠) وقوله تـعالى: ﴿وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ والإجماع المنعقد على تحـريم فروج المسلمات على الكفار وأما قـصة أبى العاص مع امرأته فـقال ابن عبـد البر: لا يخلو إما أن يكون قـبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملاً استمر حملها حتى أسلم

(2) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٤٦/ ٥٤٥) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ١٨٧) وإسناده مرسل.
(3) إسناده معضل فإن ابن شبرمة غالب رواياته عن التابعين، وانظر الإرواء (١٩٢٠).
(4) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى (٧/ ١٨٦).
(5) ذكره ابن حجر فى الإصابة (٢/ ٣٢) وأيضًا فى التهذيب (٢/ ٣٨٤).
(6) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢٢٤٠) والترمذى (٣/ ١١٤٣) وإسناده صحيح.

زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي قتيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ردها على أبي العاص بنكاح جديد(7)، رواه الترمذي وقال: سمعت عبد بن حميد يقول: سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسنادًا والعمل على حديث عمرو بن شعيب.

11- **مسألة:** (فإن أسلمت قبله فلها نفقة العدة).

لأنه يتمكن من الاستمتاع وإبقاء نكاحها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية وسواء أسلم في عدتها أو لم يسلم فإن قيل: إذا لم يسلم تبينا أنها بائن باختلاف الدين فكيف تجب النفقة للبائن؟ قلنا: لأنه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها بل يجب عليه فكانت في معنى الرجعية وإن كان هو المسلم فلا نفقة لها لأنه لا سبيل إلى تلافي نكاحها واستبقائها فأشبهت البائن وسواء أسلمت معه أم لا.

12- **مسألة:** (فإن اختلفا في السابق منهما فقال الزوج: أسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت المرأة: بل أنا المسلمة أولاً فلي النفقة فالقول قولها في أحد الوجهين).

لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها، والثاني: أن القول قوله لأن النفقة إنما تجب بالتمكين من الاستمتاع والأصل عدمه فإن قال: أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت: بعد شهر فالقول قوله لأن الأصل عدم إسلامها في الشهر الثاني فإن ادعى هو بفسخ النكاح فأنكرته انفسخ النكاح لأنه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته.

13- **مسألة:** (وعنه أن الفرقة تتعجل بإسلام أحدهما كما قبل الدخول وقد ذكرناه).

14- **مسألة:** (فأما الصداق فواجب بكل حال).

يعني إذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فإنه يجب لها المهر كاملاً لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء فإن كان مسمى صحيحًا فهو لها لأن أنكحة الكفار صحيحة تثبت لها أحكامهم الصحة وإن كان محرمًا قبضته فليس لها غيره لأنا لا نتعرض إلى ما مضى من أحكامهم وإن لم يكن قبضته فلها مهر المثل لأن الخمر والخنزير لا يكون صداقًا لمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين.

فصل: وسواء مما ذكرنا اتفق الداران أو اختلفا وبه قال مالك والليث والأوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة: إن أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخلا دار الإسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخلا دار الإسلام وعقد العهد انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقتضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين إذا دخل دار الحرب ناقضًا للعهد انفسخ

---

(7) أخرجه ابن ماجه (١/ ٢٠١٠) وأحمد في مسنده (٢/ ٢٠٨) وإسناده صحيح على شرط مسلم.

نكاحه لأن الدار انعقدت بهما فعلاً وحكمًا فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت فى دار الإسلام قبل الدخول.

ولنا: أن أبا سفـيان أسلم بمر الظهران وامـرأته بمكة لم تسلم وهى دار حرب وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم، ولأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع، ويفارق ما قبل الدخول فإن القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الإقرار على النكاح دون ما ذكروه، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الإسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ (المائدة: ٥) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت فى دار الإسلام فأبيح نكاحها فى دار الحرب كالمسلمة.

فصل: قال الشيخ ﷺ: (**وإن ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر إن كانت المرتدة وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر**).

إذا ارتد أحد الزوجين قـبل الدخول انفسخ النكاح فى قول عـامة أهل العلم إلا أنه حكى عن دود أنه لا ينفسخ بالردة لأن الأصل بقاء النكاح.

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة فوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافـر ثم ننظر فإن كانت المرأة هى المرتدة فلا مـهر لها لأن الفسخ من قبلها وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لأن الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل.

15- **مـسـألة:** (**وإن كانت الردة بعـد الدخول فهل تتعـجل الفرقة أو تقف على انقـضاء العدة؟ على روايتين**).

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخـول حسب اختلافهما فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففى إحداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبى حنيفة ومالك وروى ذلك عن الحسن وعـمر بن عبـد العزيز والثورى وزفـر وأبى ثور وابن المنذر، لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع، **والثانية**: يقف على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قـبل انقضائهـا فهما على الـنكاح وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اخـتلاف الدينين وهذا مذهب الشافـعى، لأن لفظه تقع به الفرقة فإذا وجـد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعى أو نقول اختـلاف دين بعد الإصابة فلا يوجب فسخه فى الحال كإسلام الحربية تحت الحربى، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع ولأن الرضاع تحرم به المرأة على التأبيد فلا فائدة فى تأخير الفسخ إلى بعد انقضاء العدة.

باب أجل العنين والخصى غير المجبوب

العنين هو العاجز عن الإيلاج وهو مأخوذ من عنَّ أى اعترض لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه أى يعترض، والعنن الاعتراض، وقيل لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ﷺ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعى وقتادة وحماد بن أبى سليمان وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد، وشذ الحكم بن عتيبة وداود فقالا: لا يؤجل وهى امرأته، وروى ذلك عن على ﷺ لأن امرأة أتت النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقنى فبت طلاقى، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير، وإنما له مثل هدبة الثوب فقال: «تريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك»(٢٣) ولم يضرب له مدة.

16- مسألة: (فإن كان هو المرتد فعليه نفقة العدة).

لأنه بسبيل إلى الاستمتاع بها بأن يسلم ويمكنه تلافى نكاحها فكانت لها النفقة كزوج الرجعية وإن كانت هى المرتدة فلا نفقة لها لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافى نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة.

فصل: فإن ارتد الزوجان معًا فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وإن كان بعده فهل تتعجل أو تقف على انقضاء العدة علي روايتين وهذا مذهب الشافعى قال أحمد فى رواية ابن منصور إذا ارتدا معًا أو أحدهما ثم تابا أو تاب المرتد منهما فهو أحق بها ما لم تنقض العدة وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح استحسانًا لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبه ما لو أسلما.

ولنا: أنها ردة طارئة عل النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كماله وما ذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحهما ينفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة.

فصل: وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معًا منع من وطئها فى عدتها فإن وطئها فى عدتها وقلنا: إن الفرقة تعجلت فيكون عليه مهر مثلها وإن قلنا: إن الفرقة تقف على انقضاء العدة فأسلم المرتد منهما أو أسلما جميعًا فى عدتها وكانت الردة منها فلا مهر لها عليه بهذا

---

(٢٣) تقدم برقم (١٤).

ولنا: ما روى أن عمر ﷺ أجل العنين سنة، وروى ذلك الدارقطنى بإسناده عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم(٢٤)، ورواه أبو حفص عن على، ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب فى الرجل والرتق فى المرأة، فأما الخبر فلا حجة لهم فيه، فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما، وقد روى أن الرجل أنكر ذلك وقال إنى لأعركها(*) عرك الأديم، وقال ابن عبد البر: وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه، فلا معنى لضرب المدة، وصحح ذلك قول النبى ﷺ «تريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟» ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها، وقيل: إنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة، ولذلك قال النبى ﷺ: «حتى تذوقى عسيلته؟» والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك.

١١٨٧- **مسألة:** قال: (**وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه فإن لم يصبها فيها خيرت فى المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخًا بلا طلاق**).

وجملة ذلك: أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها، وإن كانت ثيبًا فالقول قوله مع يمينه فى ظاهر المذهب، لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامة، وقال القاضى: هل يستحلف أو لا؟ على وجهين

الوطء لأنا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهى زوجته وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت العدة فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لأنه وطء فى غير نكاح بشبهة النكاح لأنا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدين وقد ذكرنا مثل ذلك فيما إذا أسلم أحد الزوجين قبل الدخول فوطئها فى العدة لأنه مثله.

فصل: إذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن أسلم الآخر تبينا أن الفرقة وقعت من حين اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما، وإن أسلم الآخر منهما فى العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لأن حكم اختلاف الدين بالإسلام الأول زال بإسلام الثانى فى العدة ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتدا لم يكن له أن يختار منهن لأنه لا يجوز أن يبتدئ العقد عليهن فى هذه الحال وكذلك لو ارتددن دونه أو معه لم يكن له أن يختار منهن كذلك.

فصل: إذا تزوج الكافر من لا يقر على نكاحها فى الإسلام مثل أن جمع أختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثًا ثم أسلما لم يكن له أن ينكحها لأننا أجرينا

---

(٢٤) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٣٠٦، ٣٠٧) وابن أبى شيبة فى «مصنفه» من كتاب «النكاح» (٣/ ٣٣١).

(*) قال فى اللسان: عرك الأديم وغيره يعركه عركًا: ولكنه دلكًا. (ماده عرك).

بناء على دعوى الطلاق، فإن أقر بالعجز أو ثبت ببينة على إقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة فى قول عامة أهل العلم، وعن الحارث بن ربيعة(٢٥) أنه أجل رجلاً عشرة أشهر.

ولنا: قول من سمينا من الصحابة، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض، فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة، فإن كان من يبس زال فى فصل الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال فى فصل الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال فى فصل الاعتدال، فإذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقة، وحكى عن أبى عبيد أنه قال: أهل الطب يقولون: الداء لا يستمر فى البدن أكثر من سنة ثم يظهر، وابتداء السنة منذ ترافعه، قال ابن عبد البر: على هذا جماعة القائلين بتأجيله، قال معمر فى حديث عمر: يؤجل سنة من يوم مرافعته، فإذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار، فإن اختارت الفسخ لم يجز إلا بحكم الحاكم، لأنه مختلف فيه، فإما أن يفسخ وإما أن يرده إليها فتفسخ هى فى قول عامة القائلين به، ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه لأن لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق وهذا قول الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك والثورى يفرق الحاكم بينهما وتكون تطليقة لأنها فرقة لعدم الوطء فكانت طلاقًا كفرقة المولى.

ولنا: أن هذا خيار ثبت لأجل العيب، فكان فسخًا كفسخ المشترى لأجل العيب.

فصل: فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يجز إلا بنكاح جديد، لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح، فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد وذكر أبو بكر فيها

أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه فى النكاح فكذلك فى الطلاق ولهذا جاز له إمساك الثانية من الأختين والخامسة المعقود عليها آخرًا.

16- **مسألة:** (وإن انتقل أحد الكتابيين إلى دين لا يقر عليه فهو كردته).

إذا انتقل الكتابى إلى غير دين أهل الكتاب من الكفر لم يقر عليه لا نعلم فى هذا خلافًا لأنه انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها مما يستحسنه فالأصلى منهم لا يقر على دينه فالمنتقل إليه أولى، وإن انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضًا لأنه انتقل إلى دين أنقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد، فأما إذا انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودى يتنصر ففيه روايتان: إحداهما: لا يقر أيضًا لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد، والثانية: يقر نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الخرقى واختاره الخلال وصاحبه وقول أبى حنيفة لأنه لا يخرج عن دين أهل الكتاب فأشبه غير المنتقل وللشافعى قولان كالروايتين، فأما المجوسى إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كأهل

---

(٢٥) هو الأمير مُتَولِّى البصرة لابن الزبير الحارث بن عبد الله بن أبى ربيعة المخزومى المكى لقب بالقباع باسم مكيال وضعه لهم (السير ٤/ ١٨١).

قولاً ثانيًا: أنهما لا يجتمعان أبدًا لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم فحرمت النكاح كفرقة اللعان، والمذهب أنها تحل له، لأنها فرقة لأجل العيب فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة، والفرقة من سائر العيوب، وأما فرقة اللعان فإنها حصلت بلعانهما قبل تفريق الحاكم وهٰهنا بخلافه، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح فمنع ابتداءه ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع، وهٰهنا بخلافه، ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يجز الفسخ فكيف يصح القياس مع هذه الفروق؟.

فصل: ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة، لأن ذلك عارض يزول والعنة خلقة وجبلة لا تزول وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لأنه في معنى من خلق كذلك، وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال، لأن الوطء ميئوس منه ولا معنى لانتظاره، وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة له لأنه في معنى العنين خلقة، وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

ذلك الدين وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»(8) ولعموم المعنى الذي ذكرناه فيهما جميعًا.

فصل: وإن انتقل إلى دين غير أهل الكتاب لم يقبل منه إلا الإسلام في إحدى الروايات عن أحمد اختاره الخلال وهو أحد أقوال الشافعي، لأن غير الإسلام باطلة قد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد وعنه رواية ثانية لا يقبل منه إلا الإسلام أو الذي كان عليه، لأن دينه الأول قد أقررناه عليه ولم ينتقل إلى خير منه فنقره عليه إن رجع عليه ولأنه منتقل من دين يقر أهله عليه لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ (التوبة: ٢٩) وظاهر هذه الرواية أن الكتابي إذا انتقل إلى المجوسية أقر وقد ذكرنا في أعلى هذه الصفحة أنه لا يقر ولعله أراد بقوله إلى دين يقر عليه إذا كان دين أهل الكتاب ليكون موافقًا لما ذكرناه أولاً، وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر ففيه روايتان: إحداهما: لا يقبل إلا الإسلام والأخرى: لا يقبل إلا الإسلام أو الذي كان عليه.

فصل: وإن قلنا لا يقر ففي صفة إجباره روايتان: إحداهما: أنه يقتل إن لم يرجع رجلاً كان أو امرأة لعموم الحديث ولأنه ذمي نقض العهد فأشبه ما لو نقضه بتركه أداء الجزية ويستتاب في أحد الوجهين لأنه يسترجع عن دين باطل أشبه المرتد، والثاني: لا يستتاب لأنه كافر أصلي أبيح قتله فأشبه الحربي، فعلى هذا إن بادر فأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصم دمه وإلا قتل، والرواية الثانية: قال أحمد: إذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل إليه فقيل له: أنقتله؟ قال: لا، ولكن يضرب ويحبس، قال: وإذا كان

(8) أخرجه البخاري (٦/ ٣٠١٧ فتح) وأبو داود (٤٠/ ٤٣٥١) والترمذي (٤/ ١٤٥٨).

فصل: فأما الخصى فإن الخرقى ذكره فى ترجمة الباب ولم يفرده بحكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره فى أنه متى لم يصل إليهـا أجل، وإن وصل إليها فلا خيار لها، لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل إن وطأه أكثر من وطء غيره، لأنه لا ينزل فيفتر بالإنزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فى ذلك فيما مـضى، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجور وهو الذى رضت خصيتاه، والمسلول الذى سلت خصيتاه فإن الحكم فى الجميع واحد فإنه لا ينزل ولا يولد له.

نصرانيّا أو يهـوديّا؟ قال: وإن كان يهوديّا أو نصـرانيّا دخل فى المجوسـية كان أغلظ، لأنه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا تتركه حـتى يرد إليها، فقيل له: تقتله إذا لم يرجع؟ قال: إنه لأهل لذلك وهذا نص فى أن الكتابى المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس.

فـصل: فإن تزوج مسلم ذمية فانتقلت إلى غيـر دين أهل الكتاب فهى كالمرتدة لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فـإن كان قبل الدخول انفسخ نكاحها ولا مـهر لها وإن كان بعده فهل يقف على انقضاء العدة أو ينفسخ فى الحال على روايتين وكذلك إذا انتقلت إلى دين باطل أو إلى دين كانت تقر ببطلانه فأشبهت المسلمة إذا تهودت أو تنصرت والله أعلم.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: (وإن أسلم كافر تحته أكثر من أربع نسوة اختار منهن أربعًا وفارق سائرهن).

وجـمـلة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومـعه أكثر من أربع نسوة فـأسلمن فى عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختـار إربعًا منهن وفارق سائرهن سـواء تزوجهن فى عقد واحـد أو عقود وسواء اخـتار الأوائل أو الأواخـر نص عليـه أحـمد وبه قـال الحـسن ومـالك والليث والأوزاعى والثـورى والشافعى وإسحاق ومحمد بن الحـسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن كان تزوجهن فى عقد انفسخ نكاح جمـيعهن وإن كان فى عقود فنكاح الأوائل صـحيح ونكاح ما زاد على أربع بطل لأن العقد إما تناول أكثر من أربع فتحريمه من طـريق الجمع فلا يكون مخيراً فيه بعد الإسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين فى حال الكفر ثم أسلموا.

ولنا: مـا روى قيس بن الحـارث قال: أسلمت وتـحتى ثمـان نسوة فـأتيت النبى ﷺ فذكرت له ذلك فقال: «اختـر منهن أربعًا» رواه الإمام أحمد وأبو داود[9]، وروى محـمد بن يزيد الثقـفى أن غيلان بن سلمة أسلم وتحـته عشر نسـوة فأسلمن معه فـأمره النبى ﷺ أن يتخير منهن أربعًا[10]، رواه الترمذى ورواه مالك فى موطئه عن الزهرى مرسلاً ورواه الشافعى

---

(9) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢٢٤١) وابن ماجه (١/ ح١٩٥٢) وإسناده حسن.

(10) أخرجه الترمذى فى «جامعه» (٣/ ح١١٢٨) وابن ماجه (١/ ح١٩٥٣) وإسناده صحيح.

١١٨٨ - **مسألة:** قال: (وإن قال: قد علمت أني عنين قبل أن أنكحها، فإن أقرت أو ثبت ببينة فلا يؤجل وهي امرأته).

وجملة ذلك: أن المرأة إذا علمت عنه الرجل وقت العقد مثل أن يعلمها بعنته أو تضرب له المدة وهي امرأته فينفسخ النكاح ثم يتزوجها، ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والثوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم، وقال في الجديد: يؤجل، لأنه قد يكون عنينًا في نكاح دون نكاح.

ولنا: أنها رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته مجبوبًا، ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة كذا هٰهنا، وقولهم: إنها تكون في نكاح دون نكاح احتمال بعيد فإن العنة جبلة وخلقة لا تتغير ظاهرًا ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فإن ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته

في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري، وكذلك قال الإمام أحمد والترمذي وغيرهما، ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود، وأما إذا تزوجت زوجين فنكاح الثاني باطل لأنها ملكته ملك غيرها وإن جمعت بينهما لم يصح لأنها لم تملكه جميع بضعها ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل.

فصل: ويجب عليه أن يختار أربعًا ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع، لأن النبي ﷺ أمر قيسًا وغيلان بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب، ولأن المسلم لا يجوز إقراره على أكثر من أربع فإن أبى أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار، لأن هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق، لأن الحق هٰهنا لغير معين وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه، فإن جن خلى حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار.

18- **مسألة:** (وعليه نفقتهن إلى أن يختار).

لأنهن محبوسات عليه ولأنهن في حكم الزوجات أيهن اختار جاز.

فصل: ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعًا لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فإنه لا حكم لقوله وليس لأبيه الاختيار، لأن ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فإذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة إلى أن يختار فإن مات الزوج لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم.

فصل: وصفة الاختيار أن يقول اخترت هؤلاء أو أمسكتهن أو اخترت حبسهن أو

فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عـدم العلم، وإن أقرت أو ثبتت ببينة ثبت نكاحها وبطل خيارها.

١١٨٩- **مسألة:** قال: (وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافعه).

لا نعلم فى هذا اختلافًا، وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى، لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطًا لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها، ولو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضًا، لأن الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله.

إمساكهن أو نكاحهن، أو أمسكت نكاحهن، أو أثبت نكاحهن، وإن قال لما زاد على الأربع: فسخت نكاحهن كان اختياراً للأربع.

19- **مسألة:** (وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها).

لأن الطلاق لا يكون إلا فى زوجة، وإن قال: فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فإن لم ينو به الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبى ﷺ لغيلان: «اختر منهن أربعًا وفارق سائرهن» وهذا يقتضى أن يكون لفظ الفراق صريحًا وكذا فى حديث فيروز الديلمى قال: فعمدت إلى أقدامهن صحبة ففارقتها، وهذا الموضع اختص بهذه اللفظة فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ فإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن.

وذكر القاضى فيه عند الطلاق وجهين: أحدهما: أن يكون اختياراً للمفارقات لأن لفظ الفراق صريح فى الطلاق والأول أولى.

20- **مسألة:** (وإن وطىء إحداهن كان اختياراً لها فى قياس المذهب).

لأنه لا يجوز إلا فى ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المباعة بشرط الخيار.

21- **مسألة:** (وإن طلق الجميع أقرع بينهن فأخرج أربعًا منهن بالقرعة فكن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقى وله نكاح البواقى).

فإن كان الطلاق ثلاثًا فمتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وإصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فى العدة أن يختار أربعًا منهن فإذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن، لأنهن زوجات ويعتددن من حين طلاقه وبان البواقى باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن إذا انقضت عدة المطلقات لأن هؤلاء غير مطلقات، والفرق بينها وبين التى قبلها أن طلاقهن قبل إسلامهن فى زمن ليس له الاختيار فيه فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ، وفى التى قبلها طلقن وله اختيار، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه فى الجميع وليس بعضهن أولى من بعض فصرن إلى القرعة لتساوى الحقوق.

١١٩٠ - **مسألة:** قال: (وإن قالت فى وقت من الأوقات، قد رضيت به عنينًا لم يكن لها المطالبة بعد).

وجملة الأمر: أنها متى رضيت به عنينًا بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها، ولا نعلم فى بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافًا فأما قبلها فإن الشافعى قال فى الجديد: لا يبطل خيارها، لأن حقها فى الفسخ إنما يثبت بعد انقضاءِ المدة فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع.

22- **مسألة:** (وإن ظاهر أو آلى من إحداهن فهل يكون اختيارًا لها؟ على وجهين).

أحدهما: لا يكون اختيارًا لأنه يصح فى غير زوجة، والثانى: يكون اختيارًا لأن حكمه لا يثبت فى غير زوجة وإن قذفها لم يكن اختيارًا لها لأنه يقع فى غير زوجة.

فصل: وإن اختار منهن أربعًا وفارق البواقى فعدتهن من حين اختار لأنهن بن منه بالاختيار ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لأنهن يبنَّ بإسلامه وإنما يبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الإسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين فلم يسلم الآخر حتى انقضت عدتهن وفرقتهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ فيهن وعدتهن كعدة المطلقات لأنها عدة من فسخ نكاحها وإن ماتت إحدى المختارات وبانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح واحدة من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لأنه لم يطلقها قبل ذلك، وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام الأربع، لأن الأربع زوجات لا يبن منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعًا منهن وقع طلاقه وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين.

23- **مسألة:** (فإن مات فعلى الجميع عدة الوفاة).

هكذا ذكره فى الكتاب المشروح والأولى أن من كانت منهن حاملاً فعدتها بوضعه لأن ذلك تنقضى به العدة فى كل حال ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها عدة الوفاة، لأنها أطول العدتين فى حقها ومن كانت من ذوات القروء اعتدت أطول الأجلين من ثلاثة قروء وأربعة أشهر وعشر لتنقضى العدة بيقين، لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأحببنا أطولهما لتنقضى العدة بيقين كما قلنا فيمن نسى صلاة لا يعلم عينها عليه خمس صلوات هذا الذى ذكره شيخنا فى كتاب المغنى والكافى وهو مذهب الشافعى وهو الصحيح والقول الأول لا يصح.

24- **مسألة:** (والميراث لأربع منهن بالقرعة فى قياس المذهب).

وعند الشافعى يوقف حتى يصطلحن وسنذكر هذا فى غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى، وإن اخترن الصلح جاز كيفما اصطلحن لأن الحق لهن.

فصل: وإذا أسلم قبلهن وقلنا تتعجل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام وإن قلنا: تقف

ولنا: أنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة، وما ذكروه غير صحيح فإن العنة التى هى سبب الفسخ موجودة وإنما المدة ليعلم وجودها ويتحقق علمها فهى كالبينة فى سائر العيوب ويفارق الشفعة فإن سببها البيع ولم يوجد بعد، فإن قيل: فلو رضيت المرأة بالإعسار ثم اختارت الفسخ ملكته، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك؟ قلنا: الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فإذا رضيت بإسقاط ما يجب لها فى المستقبل لم يسقط لأنها أسقطته قبل وجوبه، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع، بخلاف العيب ولأن الإعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام رجاء ذلك، وكذلك المولى يجوز أن يكفر عن يمينه ويطأ فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار، فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز عن طريق الخلقة وهو معنى لا يزول فى العادة فافترقا.

على انقضاء العدة فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بن منذ اختلف الدينان فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن إذا أسلمن وإن كان وطئهن تبينا أنه وطئ غير نسائه وإن آلى منهن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان فى غير زوجة وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فإن أسلم بعضهن فى العدة تبينا أنها زوجة فوقع طلاقه بها وكان وطؤه لها وطأ لمطلقته وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته وكذلك إن كان وطؤه قبل طلاقها، وإن طلق الجميع فأسلم أربع منهن أو أقل فى عدتهن ولم يسلم البواقى تعينت الزوجية فى المسلمات ووقع الطلاق بهن فإذا أسلم البواقى فله أن يتزوج منهن لأنه لم يقع طلاقه بهن.

فصل: ولو أسلم وتحته نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقى فإن مات اللائى أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء، لأن الاختيار ليس بعقد وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن والاعتبار فى الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وإن أسلمت واحدة منهن وقال: اخترتها جاز فإذا اختار أربعًا على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقى وإن قال للمسلمة: اخترت فسخ نكاحها لم يصح، لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لأنه كناية ويكون طلاقه لها اختيارًا لها، وإن قال: اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لأنه ليس بوقت للاختيار لأنها جارية إلى بينونة فلا يصح إمساكها وإن فسخ نكاحها لم ينفسخ لأنه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال: أنت طالق فهو موقوف فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها وإلا فلا.

فصل: وإن قال: كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح فى غير معين، وإن قال: كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح

١١٩١- **مسألة:** قال: (وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عنينًا).

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئ امرأته ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة، منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الأنصارى والزهرى وعمرو بن دينار وقتادة وابن هاشم ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى، وقال أبو ثور: إن عجز عن وطئها أجل لها، لأنه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو جب بعد الوطء.

ولنا: أنه قد تحققت قدرته على الوطء فى هذا النكاح وزوال عنته، فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز، ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة يثبت بوطء واحد وقد وجد، وأما الجب فإنه يتحقق به العجز فافترقا.

أيضًا لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه فى واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع، فإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال: كلما أسلمت واحدة فهى طالق وفى ذلك وجهان: أحدهما: يصح لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها، وكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه، والثانى: لا يصح لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط.

فصل: إذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار، لأن الاختيار استدامة للنكاح وتعيين للمنكوحة وليس ابتداء له، وقال القاضى: ليس له اختيار وهو ظاهر مذهب الشافعى.

ولنا: أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضى المرأة ولا ولى ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له فى الإحرام كالرجعة.

فصل: فإن أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعًا فيكون له ميراثهن، ولا يرث الباقيات لأنهن لسن بزوجات له وإن مات بعضهن فله الاختيار من الجميع فإن اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن متن وهن نساؤه، وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات، وإن لم يسلم البواقى لزم النكاح فى الميتات وله ميراثهن فإن وطئ الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعًا منهن فليس لهن إلا المسمى لأنهن زوجات ولسائرهن المسمى بالعقد الأول، ومهر المثل للوطء الثانى لأنهن أجنبيات، وإن وطئهن بعد إسلامهن فالموطوءات أولاً المختارات والبواقى أجنبيات والحكم فى المهر على ما ذكرنا.

فصل: وإن أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة، هذا قول الحسن والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى عبيد، وقال أبو حنيفة فى هذه كقوله فى عشرة نسوة.

ولنا: ما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال: قلت يا رسول الله إنى أسلمت وتحتى أختان، قال: «طلق أيتهما شئت»[1] رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما، ولأن أنكحة الكفار

---

(1) أخرجه أبو داود (٢٢٤٣) والترمذى (١١٢٩، ١١٣٠) وأحمد (٤/ ٢٣٢) وإسناده حسن.

فصل: والوطء الذى يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة فى الفرج، لأن الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة فكان وطأ صحيحًا فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان: أحدهما: لا يخرج عن العنة إلا بتغييب جميع الباقى لأنه لا حد هٰهنا يمكن اعتباره فاعتبر تغيب جميعه ولأنه المعنى الذى يتحقق به حصول حكم الوطء، والثانى: يعتبر تغييب قدر الحشفة ليكون ما يجزئ من المقطوع مثل ما يجزئ من الصحيح وللشافعى قولان كهذين.

صحيحة وإنما حرم الجمع فى الإسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق إحداهما قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى فى حباله، وكذلك الحكم فى المرأة وعمتها وخالتها، لأن المعنى فى الجميع واحد.

فصل: ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج فى شركه أختها ثم أسلما فى عدة الأولى فله أن يختار منهما، لأنه أسلم وتحته أختان، وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها فى عدتها ولا أربعًا سواها، فإن فعل لم يصح النكاح الثانى فإذا أسلمت الأولى فى عدتها فنكاحها لازم لأنها انفردت به.

فصل: وإذا تزوج أختين فدخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضى عدة الأخرى لئلا يكون واطئًا لأحد الأختين فى عدة الأخرى، وكذلك إذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيًا فاختارا أربعًا منهن وفارق أربعًا لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضى عدة المفارقات لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع، فإن كن خمسًا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة، وإن كن ستًا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات، وإن كن سبعًا ففارق ثلاثًا فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضى عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب.

فصل: وإن تزوج أختين فى حال كفره فأسلم وأسلمتا معًا قبل الدخول فاختار إحداهما فلا مهر للأخرى لأنا تبينا أن الفرقة وقعت بإسلامهم جميعًا فلا تستحق مهرًا كما لو فسخ النكاح لعيب فى إحداهما، ولأنه نكاح لايقر عليه فى الإسلام فلا يجب به مهر إذا لم يدخل بها، كما لو تزوج المجوسى أخته ثم أسلما قبل الدخول، وهذا الحكم فيما زاد على الأربع إذا أسلموا جميعًا قبل الدخول فاختار أربعًا وانفسخ نكاح البواقى فلا مهر لهن فيما ذكرنا، والله أعلم.

25- **مسألة:** (وإن كانتا أمًا وبنتًا ولم يدخل بالأم انفسخ نكاحها، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما).

أما إذا كان إسلامهم جميعًا قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الأم ويثبت نكاح البنت، وهذا

فصل: ولا يخرج عن العنة بالوطء فى الدبر، لأنه ليس بمحل للوطء، فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول ولا الإحصان، وإن وطئها فى القبل حائضًا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة، وذكر القاضى أن قياس المذهب أن لا تخرج من العنة لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان والإباحة للزوج الأول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء فى الدبر.

أحد قولى الشافعى واختيار المزنى، وقال فى الآخر: يختار أيتهما شاء، لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا ضم إليه الاختيار فإذا اختار الأم فكأنه لم يعقد على البنت.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) وهذه أم زوجته فتدخل فى عموم الآية ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها فى حال شركه، ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها إذا أسلم فإذا لم يطلقها ويمسك بنكاحها أولى، وقولهم إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليه غير صحيح فإن أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة، وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحًا لازمًا من غير اختيار، ولهذا فوض إليه الاختيار هٰهنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحًا وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها، لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يكن له اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فى أمها بخلاف الأختين.

فصل: فإن كان دخل بالأم أو بهما حرم نكاحهما على التأبيد، الأم لأنها أم زوجته والبنت، لأنها ربيبة مدخول بأمها، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثورى وأهل العراق والشافعى ومن تبعهم، فإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بهما، فإن لم يسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معًا، فإن كانت المسلمة هى الأم فهى محرمة عليه على كل حال، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها، وإن كان دخل بها فهى محرمة على التأبيد، وإن كان قد وطئ إحداهما حرمت الأخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة، وإن لم يكن وطئ واحدة منهما فله وطء أيتهما شاء فإذا وطئها حرمت الأخرى على التأبيد، والله أعلم.

فصل: وإذا أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما وأسلمتا فى العدة فهما زوجتاه، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين لأنه حكم العبد فيما زاد على الأربع، فإذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه أو فى عدتهما لزم نكاحه حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة، لأن له الجمع بينهما فى ابتداء نكاحه فكذلك فى اختياره، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين بناء على ما مضى فى الحر فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين أو حرة وأمة وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار فى فراقه لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالإسلام ولا

ولنا: أنه وطء فى محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهى مريضة يضرها الوطء، ولأن العنة العجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء، فإن العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده، وما ذكروه غير صحيح لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع أو لفوات شرط والعنة فى نفسها أمر حقيقى لا يتصور بقاؤه مع انتفائه، فأما الوطء فى الدبر فليس بوطء فى محلة بخلاف مسألتنا، وقد اختار ابن عقيل أنه تنتفى به العنة لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر.

تجددت حريتها بذلك فلم يكن له اختيار كما لو تزوجت معيبًا تعلم عيبه ثم أسلما، وذكر القاضى وجهًا أن لها الخيار، لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام فكأنه عيب حادث والأول أصح، فإن الرق لم يزل عيبًا ونقصًا عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالإسلام فهو كسائر العيوب.

فصل: ولو أسلم وتحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن فى عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم ثبت نكاح الأربع لأنه ممن لا يجوز له الأربع فى وقت اجتماع إسلامهم لأنه حر، فأما إن أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار إلا اثنتين، لأنه كان عبدًا حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الإسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم، كمن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه ثم أيسر ولو أسلم معه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيتان لم يختر إلا اثنتين، لأنه ثبت له الاختيار بإسلام الأوليين.

فصل: فإن تزوج أربعًا من الإماء فأسلمن وأعتقن قبل إسلامه فلهن فسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وإنما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة، لأنه قد يسلم فيقطع جريانهن إلى البينونة، فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بِنَّ باختلاف الدين من حين أسلمن وتبين أن الفسخ لم يصح، وإن أسلم فى العدة بِنَّ بفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر فى الموضعين، لأنهن هاهنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر، وفى التى قبلها عتقن فى أثناء العدة التى يكن للزوج تلافى النكاح فيها فأشبهن الرجعية، فإن أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج فهن كالرجعية إذا عتقت وأخرت الفسخ، لأن تركهن الفسخ اعتماد على جريانهن إلى البينونة فلم يتضمن الرضا بالنكاح، ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخترن الفسخ صح، لأنهن إماء عتقن تحت عبد وهذا ظاهر مذهب الشافعى.

وقال بعضهم: لا خيار لهن، لأنه لا حاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل بإقامتهن على الشرك بخلاف التى قبلها وليس بصحيح، فإن السبب متحقق وقد يبدو لهن الإسلام وهو واجب عليهن، **فإن قيل:** فإذا أسلمن اخترن الفسخ، **قلنا:** يتضررن بطول العدة، فإن ابتداءها من حين الفسخ، ولذلك ملكن الفسخ فيما إذا أسلمن وعتقن قبله، فأما إن اخترن المقام وقلن قد رضينا بالزوج فذكر القاضى أنه يسقط خيارهن، لأنها حالة صح فيها اختيار الفسخ فصح

فصل: وإن وطئ امرأة لم يخرج به العنة فى حق غيرها، واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة فى حق جميع النساء ولا تسمع دعواها عليه ومنها ولا من غيرها، وهذا مقتضى قول أبى بكر وقول كل من قال: إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز وذلك، لأن العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغيير النساء، فإذا انتفت فى حق امرأة لم تبق فى حق غيرها.

فيها اختيار الإقامة كحال اجتماعهم على الإسلام، وقال أصحاب الشافعى: لا يسقط اختيارهن، لأن اختيارهن للإقامة ضد الحالة التى هن عليها وهى جريانهن إلى البينونة فأشبه ما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها، وهذا يبطل بما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **(فإن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه وكان فى حال اجتماعهم على الإسلام ممن تحل له الإماء فله الاختيار منهن وإلا فسد نكاحهن).**

إذا كان فى حال اجتماعهم على الإسلام عادمًا للطول خائفًا للعنت فله أن يختار منهن واحدة، فإن كانت لا تعفه فله أن يختار منهن من تعفه فى إحدى الروايتين والأخرى لا يختار إلا واحدة وهو مذهب الشافعى، وتوجيههما قد مضى ذكره، وإن عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح فى الكل ولم يكن له خيار، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو ثور: له أن يختار منهن لأنه استدامة للعقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط شروط العقد أشبه الرجعة.

ولنا: أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الإسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وذوات محارمه، وأما الرجعة فهى قطع جريان النكاح إلى البينونة وهذا إثبات النكاح فى امرأة فإن كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن فى عدتهم فالحكم كذلك، وقال أبو بكر: لا يجوز له ههنا اختيار بل يبن بمجرد إسلامه لئلا يفضى إلى استدامة نكاح مسلم فى أمة كافرة.

ولنا: أن إسلامهن فى العدة كإسلامهن معه وإن لم يسلمن إلا بعد العدة انفسخ نكاحهن إن كن كتابيات، لأنه لا يجوز استدامة النكاح فى أمة كتابية.

26- مسألة: (فإن أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن لأن شرائط النكاح تعتبر فى وقت الاختيار).

وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر فليس له الاختيار لذلك، وإن أسلمت إحداهن وهو موسر ثم أسلم البواقى بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئًا لأن وقت الاختيار دخل بإسلام الأولى، ألا ترى أنه إذا كان معسرًا كان له اختيارها فإذا كان موسرًا بطل اختياره، وإن أسلمت الأولى، وهو معسر فلم يسلم البواقى حتى أيسر لزم نكاح الأولى ولم يكن له الاختيار من البواقى لأن الأولى اجتمعت معه فى حال يجوز ابتداء نكاحها بخلاف البواقى، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختر حتى أيسر كان له أن يختار، لأن ثبوت

ولنا: أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها، ولذلك لو ثبتت عنته فى حقهن فرضى بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت فى حقها لا يزول بوطء غيرها، وقوله: كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى؟ قلنا: قد تنهض شهوته فى حق إحداهما لفرط حبه إياه وميله إليها واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن عنها فلها المطالبة، لأنه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففى نكاح دون نكاح أولى، وعلى قول أبى بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ مرة لم تثبت عنته أبدًا.

حال الاختيار كان له ذلك فتغير حاله لا يسقط بما ثبت كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح.

27- **مسألة:** وإن أسلمت إحداهن بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقى فله الاختيار منهن، لأن العبرة بحالة الاختيار وهى حالة اجتماعهم على الإسلام وحالة اجتماعهما على الإسلام كانت أمة، وإن عتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقى لم يكن له أن يختار من الإماء، لأنه ملك لعصمة حرة حين اجتماعهما على الإسلام.

فصل: فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختار من أسلمت معه، لأن له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك إذا أسلمت وحدها، وإن أحب انتظار البواقى جاز، لأن له غرضًا صحيحًا وهو أن يكون عنده من هى أبر عنده من هذه فإن انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازمًا وبِنَّ البواقى منذ اختلف الدينان، وإن أسلمن فى العدة اختار منهن واحدة والفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار وعددهن من حين الاختيار، وإن أسلم بعض دون بعض بِنَّ اللاتى لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقى من حين اختياره، وإن اختار التى أسلمت معه حين أسلمت انقطعت عصمة البواقى وثبت نكاحها، فإن أسلم البواقى فى عدة تبين أنهن بِنَّ منه باختياره وعدتهن من حينئذ، وإن لم سلمن بِنَّ باختلاف الدين وعدتهن منه، وإن طلق التى أسلمت معه طلقت وكان اختيارًا لها، وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحًا لأن إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها، فأما إن اختار فسخ نكاحها لم يكن له، لأن الباقيات لم يسلمن معه فما زاد العدد على ماله إمساكه فى هذه الحال لا ينفسخ نكاحها، ثم ننظر فإن لم يسلم البواقى لزمه نكاحها وإن أسلمن واختار منهن واحدة انفسخ نكاح الأولى معهن، فإن اختار الأولى التى فسخ نكاحها صح اختياره لها لأن فسخه لنكاحها ما صح.

وفيه وجه آخر ذكره القاضى: أنه لا يصح اختياره لها، لأن فسخه إنما لم يصح مع إقامة البواقى على الكفر حتى تنقضى العدة لأنا تبينا أن نكاحها كان لازمًا، فإذا أسلمن لحق إسلامهن بتلك الحال فصار كأنهن أسلمن فى ذلك الوقت، فإذا فسخ نكاح إحداهن صح

١١٩٢- **مسألة:** قال: (وإن جب قبل الحول فلها الخيار فى وقتها).

كأن الخرقى أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبها حتى جب ثبت لها الخيار فى الحال، لأننا ننتظر الحول لنعلم عجزه، وقد علمناه ههنا يقينًا فلا حاجة إلى الانتظار، قال القاضى: ويلزم على هذا أن سائر العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار، فإن الخيار هٰهنا إنما يثبت بالجب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لأننا لم نتيقن عنته والجب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه إنما استحق بالعيب الحادث، وفى بعض الفسخ قبل الدخول ومعناهما واحد ويحتمل أنه إنما استحق الفسخ هٰهنا بالجب الحادث لأنه متضمن مقصود العنة فى العجز عن الوطء ومحقق للمعنى الذى ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم.

١١٩٣- **مسألة:** قال: (وإن زعم أنه قد وصل إليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات، فإن شهدن بما قالت أجل سنة).

وجملته: أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها فزعم أنه وطئها، وقالت: إنها عذراء أريت النساء، فإن شهدن بعذرتها فالقول قولها ويؤجل، وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى وإنما كان كذلك، لأن الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء، فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لأن هذا بعيد جدّا، وإن كان متصورًا، وهل تستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين: أحدهما: تستحلف لإزالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله، والآخر: لا تستحلف، لأن ما يبعد جدّا لا التفات إليه لاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر فى إقراره، وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ عل روايتين، وهذا الذى ذكره الخرقى فيما إذا اختلفا فى ابتداء الأمر قبل ضرب الأجل، فإن اختلفا فى ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة، وإن كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم

الفسخ ولم يكن له أن يختارها، وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل إسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجود فى الثانى كالموجود سابقًا كذلك ههنا.

28- **مسألة:** (وإن أسلم وتحته حرة وإماء فأسلمت الحرة فى عدتها قبلهن أو بعدهن انفسخ نكاحهن).

إذا أسلم وتحته حرة وإماء ففيه ثلاث مسائل إحداهن: أسلم وأسلمن معه كلهن فإنه يلزمه نكاح الحرة وينفسخ نكاح الإماء لأنه قادر على الحرة فلا يختار أمة، وقال أبو ثور: له أن يختار وقد مضى الكلام معه الثانية: أسلمت الحرة معه دون الإماء فثبت نكاحها وانقطعت عصمة الإماء، فإن لم يسلمن حتى انقضت عددهن بِنّ باختلاف الدين وابتداء عددهن من حين أسلم، وإن أسلمن فى عددهن بِنّ من حين إسلام الحرة وعددهن من حين إسلامها، فإن ماتت الحرة بعد إسلامها لم يتغير الحكم بموتها، لأن موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الإماء لا يؤثر فى إباحتهن.

من اعترف أنه لم يطأها، وفى كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله فيسقط حكم قولها لأنه تبين كذبها، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله، لأن الأصل عدم الأسباب.

١١٩٤- مسألة: قال: **(وإن كانت ثيبًا وادعى أنه يصل إليها أخلى معها فى بيت، وقيل له أخرج ماءك على شىء فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار فإن ذاب فهو منى وبطل قولها، وقد روى عن أبى عبدالله رحمه الله رواية أخرى أن القول قوله مع يمينه).**

اختلفت الرواية: عن أبى عبد الله رحمه الله فى هذه المسألة فحكى الخرقى فيها روايتين: إحداهما: أنه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شىء فإن أخرجه فالقول قوله، لأن العنين يضعف على الإنزال، فإذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به وهذا مذهب عطاء، فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار فإن ذاب فهو منى لأنه شبيه ببياض البيض وذاك إذا وضع على النار تجمع وييس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به، وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لأن الظاهر معها.

والرواية الثانية: القول قول الرجل مع يمينه، وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى وابن المنذر لأن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه وجنبته أقوى فإن دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والأصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر فى سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ما قال، وهذا قول من سمينا ههنا، لأن قوله محتمل للكذب فقوينا قوله بيمينه كما فى سائر الدعاوى التى يستحلف فيها، فإن نكل قضى عليه بنكوله، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبى ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»[٢٦].

قال القاضى: ويتخرج أن لا يستحلف بناء على إنكاره دعوى الطلاق فإن فيها روايتين كذا ههنا، والصحيح ما قال الخرقى لدلالة الخبر والمعنى عليه، وروى عن أحمد رواية ثالثة: أن

الثالثة: أسلم الإماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو إما أن تنقضى عدتها قبل إسلامها فتبين باختلاف الدين وله أن يختار من الإماء لأنه لم يقدر على الحرة أو تسلم فى عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الإماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ليس له أن يختار من الإماء قبل إسلامها وانقضاء عدتها لأنا لا نعلم أنها لا تسلم، فإن طلق الحرة ثلاثًا قبل إسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق ولأنا تبينا أن النكاح انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الإماء، وإن أسلمت فى عدتها بان أن نكاحها كان ثابتًا ووقع فيه الطلاق وبن الإماء بثبوت نكاحها قبل الطلاق.

فصل: فإن أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ثم عتقن قبل إسلامها لم يكن له أن يختار منهن، لأن نكاح الأمة لا يجوز لقادر على حرة وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار وهو

---

(٢٦) تقدم برقم (١) فى أول الفصل الثانى.

القول قول المرأة مع يمينها حكاها القاضى فى «المجرد» لأن الأصل عدم الإصابة فكان القول قولها لأن قولها موافق للأصل واليقين معها، وفى كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فإن كان فى ابتداء الأمر لم تضرب له مدة وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت، وإن كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار، وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها، واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من الجمال وتعطى صداقها من بيت المال ويخلى معها وتسأل عنه ويؤخذ بما تقول فإن أخبرت أنه يطأ كذبت الأولى، والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ وصداقها من بيت المال، وإن كذبته فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ههنا لما روى أن امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب إليه: أن زوجه بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق إليها المهر من بيت المال عنه، فإن أصابها فقد كذبت، وإن لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت: ليس عنده شيء ففرق بينهما.

وقال الأوزاعى: يشهده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فإذا قام عنها نظرتا إلى فرجها فإن كان فيه رطوبة الماء فقد صدق وإلا فلا، وحكى عن مالك مثل ذلك إلا أنه اكتفى بواحدة، والصحيح أن القول قوله كما لو ادعى الوطء فى الإيلاء ولما قدمنا، واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء فى بعض الأحوال، وليس كل من عجز عن الوطء فى حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يكون عنينًا، ولذلك جعلنا مدته سنة، وتزوجه بامرأة ثانية، لا يصح لذلك أيضًا، ولأنه قد يعن عن امرأة دون أخرى، ولأن نكاح الثانية إن كان مؤقتًا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وإن كان صحيحًا لازمه ففيه إضرار بالثانية، ولا ينبغى أن يقبل قولها، لأنها تريد بذلك تخليص نفسها فهى متهمة فيه،

حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ثم ينظر، فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن ولا يختار إلا واحدة اعتبارًا بحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن، وإن أسلمت فى عدتها ثبت نكاحهن وانقطعت عصمتهن، فإن كان قد كان اختار واحدة من المعتقات فى عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره لأن الاختيار لا يكون موقوفًا، فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر، فإن كان جميع الزوجات أربعًا فما دون ثبت نكاحهن، وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعًا وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر فى حالة الاختيار وهى حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الأصليات، وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن وإن أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم فى هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله.

فصل: ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار

وليست بأحق أن يقبل قولها من الأولى، ولأن الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك، وأكثر ما في الذي ذكروه أن يثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه، فإذا لم يثبت عنته بإقراره بعجزة فلأن لا تثبت بدعوى غير ذلك عليه أولى.

١١٩٥- **مسألة:** قال: (وإذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد، وكذلك لو سبق فقال: أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً).

والخنثى هو الذي في قبله فرجان: ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكرًا أو أنثى، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنثَىٰ﴾ (النجم: ٤٥) وقال تعالى: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً﴾ (النساء: ١) فليس ثم خلق ثالث، ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلاً أو غير مشكل، فإن لم يكن مشكلاً بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال، أو تظهر فيه علامات النساء، فهو امرأة له أحكامهن، وإن كان مشكلاً فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء، فاختلف أصحابنا في نكاحه، فذكر الخرقي أنه يرجع إلى قوله، فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلاً لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضتها وعدتها، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له، فإن الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى وميلها إليه، وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره، وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه.

وأما الميراث والدِّية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل، لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لأنه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي: ويقبل وقوله في الإمامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقًا على غيره، وإذا زوج امرأة أو رجلاً ثم عاد فقال خلاف قوله

إحداهما لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لاعتبار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية، وكذلك إن لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع، وإن أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثًا مع التي اختارها أولاً وينفسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين، وإن أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن إذ لا معنى لانتظار الخامسة ونكاح ثلاثة منهن لازم على كل حال، ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار، لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك، ولذلك لو أسلمت معه من الإماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا، قال شيخنا: والصحيح ههنا أنه يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى، وأما الأمة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسألتنا.

الأول لم يقبل فى التـزويج بغير الجنس الذى زوجـه أولاً لأنه مكذب لنفسه ومـدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء، لكن إن تزوج امرأة ثم قال: أنا امرأة انفسخ نكاحه لإقراره ببطلانه ولا يقبل قوله فى سقوط المهر عنه، وإن تزوج رجلاً وقال: أنا رجل لم يقبل فى فسخ نكاحه لأن الحق عـليه، وهذا قول الشـافعى، وقال أبو بكر: لا يجـوز أن يتزوج حـتى يبين أمره، وذكره نصًا عن أحمد فى رواية الميمـونى وهذا الذى ذكره أبو إسحاق مذهبًا للشافعى، وذلك لأنه لم يتحقق وجود مـا يبيح له النكاح فلم يبح له، كما لو اشتبهت عليـه أخته بنسوة وكـما لو لـم يقل إنى رجلاً ولا امـرأة، ولأن قـوله لا يرجع إليـه فى شىء من أحكامـه من الميراث والدية وغيرهما فى نكاحه، ولأنه لا يعرف نفسه كـما لا يعرفه غيره، ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور فى حقه فحرم كما ذكرناه.

١١٩٦- **مسألة:** قال: (وإذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهـما بزائل العقل رجمًا إذا زنيا، والمسلم والكافر الحـران فيما وصفت سواء).

ذكر الخـرقى رحمه الله فى هذا الباب شـرائط الإحصان، ونحن نؤخره إلى الحـدود فإنه أخص به، والله أعلم.

29- **مسألة:** (وإن أسلم عبد وتحته إماء فأسلمن معه ثم أعتق فله أن يختار منهن) لأنه حالة اجتماعهم على الإسلام كان عبدًا يجوز له الاختيار من الإماء.

30- **مسألة:** (وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن فـحكمه حكم الحر) لا يجوز أن يختار إلا بوجود الشرطين فيه لأنه حالة اجتماعهم فى الإسلام كـان حرًا فيشترط فى حقه ما يشترط فى حق الحر.

كتـــاب الصـــداق

الأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ (النساء: ٢٤) وقال تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء: ٤) قال أبو عبيد: يعنى عن طيب نفس بالفريضة التى فرض الله تعالى، وقيل: النِّحلة: الهبة، والصداق فى معناها، لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه، وجعل الصداق للمرأة، فكأنه عطية بغير عوض، وقيل: نحلة من الله تعالى للنساء، وقال تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (النساء: ٢٤) وأما السنة: فروى أنس أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف رَدْعَ زعفران، فقال النبى ﷺ: «مَهْيَمْ؟» فقال: يا رسول الله تزوجت امرأة، فقال: «ما أصدقتها؟» قال: وزن نواة من ذهب، فقال: «بارك الله لك، أولم ولو بشاة»[١] وعنه أن رسول الله ﷺ أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها[٢]، متفق عليهما، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق فى النكاح.

فـصـل: وللصداق تسعة أسماء: الصداق، والصدقة، والمهر، والنحلة، والفريضة،

كتاب الصداق[١]

وهو مشروع والأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ وقال تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ قال أبو عبيد: يعنى عن طيب نفس بالفريضة التى فرض الله تعالى، وقيل: النحلة: الهبة، والصداق فى معناها، لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه، وجعل الصداق للمرأة كأنه عطية بغير عوض، وقيل: نحلة من الله تعالى للنساء، وقال تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ وأما السنة فروى أنس أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف رَدْعَ زعفران فقال النبى ﷺ: «مَهْيَمْ؟» فقال: يا رسول الله تزوجت امرأة، قال: «ما أصدقتها؟» قال: وزن نواة من ذهب، قال: «بارك لله لك، أولم ولو بشاة» متفق عليه، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق فى النكاح.

وللصداق تسعة أسماء: الصداق والصدقة والمهر والنِّحلة والأجر والفريضة والعلائقُ

---

(١) تقدم برقم (١٧٠) فى المسألة رقم (١١٣٥) «مهيم» كلمة يمانية معناها: ما أمرك وما هذا الذى أرى بك ونحو هذا من الكلام.

وقال الجوهرى: مَهْيَمْ: كلمة يستفهم بها، معناها: ما حالك وما شأنك... (اللسان/ ١٢/ ٥٦٥).

(٢) تقدم فى المسألة (١٠٩٩) برقم (١٩).

(١) سيأتى تخريج أحاديث الكتاب مستوفيًا عند المغنى فلتراجع هناك.

والأجر، والعلائق، والعـقْر، والحبَـاء، روى عـن النبى ﷺ أنه قال: «أدوا العلائق» قيل: يا رسول الله، وما العلائق؟ قـال: «ما يتراضى به الأهلون»[٣] وقال عمر: لها عـقر نسائها، وقال مهلهل[٤]:

أنْكَحَـــهـــا فَـــقْــدُهـا الأراقمَ   فى جَنْب، وكَـان الحِـبـاء من أَدَم
لو بـأبانَيْنِ جـــاء يخطـبــهـــا   خُـضِّبَ ماء وَجْـهُ خَـاطبٍ بدم[٥]

يقال: أصدقت المرأة ومهرْتها، ولا يقال: أمهرتها.

والعُـقْرُ والـحِبـاءُ، روى عن النبى ﷺ أنه قـال: «أدُّوا العـلائق» قيـل: يا رسول الله ومـا العلائق؟ قال: «مـا تراضى به الأهلون» وقال عمر: لهـا عقر نسائها، ويقـال: أصدقت المرأة ومهرتها، ولا يقال أمهرتها.

١- **مـسـألة:** ويستحب تخـفيفه لما روت عائشة عن النبى ﷺ أنه قال: «أعظم النساء بركة أيسـرهن مؤنة» رواه أبو حفص بإسناده عن أبى العجـفاء، قال: قال عـمر: ألا لا تغلوا صداق النساء فإنه لو كان مكرمة فى الـدنيا وتقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ ولا أصدقت امرأة من نسائه أكـثر من اثنتى عشرة أوقية وإن الرجل ليغلـو بصداق امرأته حـتى يكون لها عـداوة فى قلبه وحـتى يقول: كلفت لكم علـق القربة، أخرجه النسائى وأبو داود مختصراً، وعن أبى سلمة قال: سألت عائشة عن صداق النبى ﷺ فقـالت: اثنتا عشـرة أوقية ونش، فـقلت: وما النش؟ قالت: نصف أوقـية، أخرجـاه أيضًا، والأوقية أربعون درهمًا.

---

(٣) أخرجه الدارقطنى (٣/ ص٢٤٤/ ح١) من طريق محـمد بن عبد الرحمن البيلمانى عن أبيـه، والبيهقى فى «السنن الكبـرى» (٧/ ٢٣٩) من طريق عـبد الرحـمن البـيلمانى عن النبـى، وقال البـيهـقى: هذا منقطع، ثم قال: وقد قيل عن حجاج بن أرطأة عن عبد الملك عن عبد الرحمن بن البيلمانى عن عمر ابن الخطاب عن النبى ﷺ وليس بمحفوظ.
وأخرجه أيضًا (٧/ ٢١٩) من طريق محمد بن عبد الرحـمن البيلمانى فذكره... وقال: قال ابن أحمد رحمه الله: محمد بن عبد الرحمن البيلمانى ضعيف؛ وقال ابن حجر فى التلخيص (٣/ ٢١٥) بعد أن عزاه إلى الدارقطنى والبيهقى: إسناده ضعيف جداً.

(٤) البيتان فى كتاب «الأخوان» (٢/ ٧/ ٩١) من كتاب «عيون الأخبار» لابن قتيبة وكذلك ذكرهما الحموى فى «معـجم البلدان» (١/ ٦٣) مع ذكر القصة، فـقال: كان مهـلهل بن ربيعة أخو كليب، بعـد حرب البسوس تنقل فى القـبائل حتى جاور قومًا بين مـذمح يقال لهم وتسيحان وشمران وهـفَّان يقال لهؤلاء الستة جنَّب، لأنهم جانبوا أخاهم صُداء فنزل فيهم مهلهل، فخطبوا إليه فيه أخته، فامتنع فأكرهوه حتى زوجهم، فقال: ثم ذكر البيتين.

(٥) الأراقم: حى من تغلب وهى قبيلة. الأدم: اسم جمع للأديم، والأديم: الجلد ما كان، وقيل: الأحمر، وقيل: الـمدبوغ. أبانـين: تثنية أبان، وهما جبلان يقـال لأحدهما: أبان الأبيض للآخر: أبان الأسود. وقال الحموى فى «معجم البلدان» أبان: جبل مـعروف، وقيل: أبانين لأنه يليه جبل نحو منه يقال له: شرورى، فغلبوا أبانًا عليه فقالوا: أبانان... اهـ باختصار. رُمِّلَ: خضب بالدم.

فـصل: ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسـمية الصداق، لأن النبى ﷺ كـان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج، فلم يكن يخلى ذلك من صداق، وقال للذى زوجه الموهوبة: «هل من شىء تصدقهـا به؟» فالتمس ولم يجد، قال: «التـمس ولو خاتمًا من حديد» فلم يجد شـيئًا، فزوجـه إياها بما معـه من القرآن(٦)، ولأنه أقطع للنزاع وللخـلاف فيه، وليس ذكـره شرطًا، بدليل قـوله سبـحانه تعـالى: ﴿**لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾ (البقرة: ٢٣٦) وروى أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً امرأة ولم يسم لها مهراً(٧).

١١٩٧- **مـسألة:** قال: (**وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها، فأى صداق اتفقوا عليه فهو جائز، إذا كان شيئًا له نصف يحصل**).

فى هذه المسألة ثلاثة فصول:

أحدها: أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثر، بل كل ما كان مالاً جاز أن يكون صداقًا، وبهذا قال الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن أبى ليلى والثورى والأوزاعى والليث والشافعى وإسحاق وأبو ثور وداود، وزوج سعـيد بن المسيب ابنته بدرهمين، وقال: لو أصـدقها سوطًا لحلت، وعن سعيد بن جـبير والنخعى وابن شبرمة ومالك وأبى حنيـفة: هو مقدر الأقل، ثم اختلفوا فـقال مالك وأبو حنيفة: أقله مـا يقطع به السارق، وقال ابن شبرمة: خـمسة دراهم، وعن النخعى: أربعـون درهمًا، وعنه عشرون، وعنه رطل من الذهـب، وعن سعيد بن جـبير

2- **مـسألة: (ويستحب أن لا يعرى النكاح من تسميته)**.

لأن النبى ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتـزوج فلم يكن يخلى ذلك من صداق، وقال للذى زوجه المـوهوبة: «هل من شىء تصدقهـا به؟» قال: لا أجد شـيئًا، قـال: «التمس ولو خاتمًا من حـديد» فلم يجد شيئًـا فزوجه إياها بما مـعه من القرآن، متـفق عليه، ولأنه أقطع للنزاع والخلاف فيه وليس ذكره شرطًا، بدليل قوله تعالى: ﴿**لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾ (البـقرة: ٢٣٦) وروى أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً امرأة ولم يسم لها مهرًا.

3- **مـــسـألة: (ويستـحب أن لا يزيد على صـداق أزواج رسـول الله ﷺ وبناته وهو خمسمائة درهم)**.

لما ذكرنا من حديث عائشة رضي الله عنها اقتداءً برسول الله ﷺ.

4- **مـــسـألة: (ولا يتـقدر أقله ولا أكـثره بل كل مـا جاز أن يكون ثمنًا جـاز أن يكون صداقًا)**.

---

(٦) تقدم برقم (٥٨) فى المسألة رقم (٩١٢).

(٧) أخرجـه أبو داود (٢/ ٢٣٨/ ح٢١١٧) بلفظ: تزوج أحدهما ضـامن ودخل الرجل ولم يفرض صـداقًا ولم يعطها شيئًا... الحديث تقدم وإسناده صحيح.

خمسون درهمًا، واحتج أبو حنيفـة بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا مهر أقل من عشرة دراهم»(٨) ولأنه يستباح به عضو، فكان مقدرًا كالذى يقطع به السارق.

ولنا: قول النبى ﷺ للذى زوجه: «هل عندك من شىء تصدقها؟» قال: لا أجد، قال: «التمس ولو خاتمًا من جـديد» متفق عليه(٩)، وعن عامـر بن ربيعة: أن امـرأة من بنى فزارة تزوجت على نعلين، فـقال رسول الله ﷺ: «أرَضِـيت من نفسك ومالك بنـعلين؟» قالت: نعم، فأجازه، أخرجـه أبو داود والترمذى(١٠)، وقال: حديث حسن صـحيح، وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقًـا ملء يده طعامًا كانت له حلالاً» رواه

وبهذا قال الحـسن وعمرو بن دينار وابن أبى ليلى والأوزاعى والليث والشافـعى وإسحاق وأبو داود، وزوَّج سعـيد بن المسـيب ابنته بدرهمين وقـال: لو أصدقهـا سوطًا لحلت، وعن سعيد بن جبيـر والنخعى وابن شبرمة ومالك وأبى حنيفة أنه مقدر الأقـل، ثم اختلف فيه فقال مالك وأبو حنيفـة: أقله ما يقطع به السارق، وقال ابن شـبرمة: خمسـة دراهم، وعن النخعى أربعون درهمًا، وعنه عشرون، وعنه رطل من الذهب، وعن سعيد بن جبير: خمسون درهمًا، واحتج أبو حنـيفة بمـا روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا مـهر أقل من عـشرة دراهم» ولأنه يستباح به عضو فكان مقدرًا كالذى يقطع به السارق.

ولنا: قول النبى ﷺ للذى زوجه: «هل عندك من شىء تصدقـها» قال: لا أجد، قال: «التمس ولو خاتمًا من حديد» متفق عليه، وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بنى فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله ﷺ: «أرضيت عن نفسك ومالك بنعلين؟» قالت: نعم فأجازه، أخرجه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن صحيح، وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقًا ملء يده طعامًا كانت حلالاً له» رواه الإمام أحمد فى المسند، وفى لفظ عن جابر قال: كنا ننكح على عهد رسـول الله ﷺ على القبضة من الطعام، رواه الأثرم، ولأن قول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النساء: ٢٤) يدخل

---

(٨) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبـرى» (٧/ ١٣٣) من طريق الحجاج بن أرطأة عن عطاء وعمرو بن دينار عن جابر... وفيه «ولا مهر دون عشرة دراهم» وقال البيهقى: حديث ضعيف جدًا، وأخرجه أيضًا من طرق أخرى فى (٧/ ١٣٣) وكلها ضعيفة جدًا، والدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٤٥) من طريق مبشر بن عبيد حدثنى الحجاج بن أرطأة عن عطاء وعمرو بن دينار عن جابر... به، وقال الدارقطنى: مبشر بن عبيد متـروك (الحديث) أحاديثه لا يتابع عليها، وأخرجـه موقوفًا على علىٍّ ﷺ (٣/ ٢٤٥) من طريق داود الأودى عن الشعبى قال: قال على... قال ابن الجوزى فى التحقيق: قال ابن حبان: داود الأودى ضعيف، كـان يقول بالرجعة، والشـعبى لم يسمع من علىٍّ. اهـ. وأخرجـه ابن عدى فى الكامل (٦/ ٤١٧/ ٤١٨) من طريق مبشر بن عبيد، وقال: مبشر بن عبيد ليس بشىء، يضع الحديث.

(٩) تقدم برقم (٦).

(١٠) تقدم فى المسألة رقم (١١١٤) برقم (٦٤).

الإمام أحمد فى المسند[(١١)]، وفى لفظ عن جابر، قال: كنا ننكح على عهد رسول الله ﷺ على القبضة من الطعام، رواه الأثرم[(١٢)]، ولأن قول الله عز وجل: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النساء: ٢٤) يدخل فيه القليل والكثير، ولأنه يدل منفعتها، فجاز ما تراضيا عليه من المال، كالعشرة وكالأجرة، وحديثهم غير صحيح، رواه مبشر بن عبيد[(١٣)] وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة، وهو مدلس، ورووه عن جابر، وقد روينا عنه خلافه، أو نحمله على مهر امرأة بعينها، أو على الاستحباب، وقياسهم لا يصح، فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة، والقطع إتلاف عضو دون استباحته، وهو عقوبة وحدٌّ، وهذا عوض، فقياسه على الأعواض أولى، وما أكثر الصداق فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم، قاله ابن عبد البر، وقد قال الله عز وجل: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ (النساء: ٢٠) وروى أبو حفص بإسناده أن عمر أصدق أم كلثوم ابنة علىٍّ أربعين ألفًا[(١٤)]، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت هذه

فيه القليل والكثير ولأنه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه كالعشرة وكالأجرة، وحديثهم غير صحيح رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ورووه عن جابر، وقد روينا عنه خلافه أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب، وقياسهم لا يصح فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة، والقطع إتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد، وهذا عوض وقياسه على الأعواض أولى، فأما أكثره فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم، قاله

---

(١١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٥) عن جابر بن عبيد الله، والدارقطنى (٣/ ٢٤٣) من طريق صالح بن مسلم ابن رومان أخبرنى أبو الزبير محمد بن مسلم عن جابر به... إسناده ضعيف، فيه صالح بن مسلم قال الذهبى فى «الميزان»: ضعفه ابن معين وأبو حاتم، وقال أيضًا فى (٤/ ٢٢٢) تحت ترجمة موسى بن مسلم بن رومان ويقال اسمه صالح، وقال عنه: مجهول وذكر الحديث وعزاه إلى أبى داود من طريق إسحاق بن جبرائيل عن أبى الزبير، عن جابر... بلفظ: من أعطى فى صداق ملء كف سويقًا أو برًا فقد استحل، ثم قال: وإسحاق هذا لا يعرف وضعفه.
قلت: أخرجه أبو داود فى النكاح باللفظ السابق وإسناده ضعيف.

(١٢) أخرجه الدارقطنى (٣/ ص٢٤٣/ ح٤) عن جابر من طريق إسحاق بن سليمان الرازى ثنا يعقوب بن عطاء عن أبيه عن جابر بن عبد الله... وإسناده ضعيف، يعقوب بن عطاء بن أبى رباح ضعفه أحمد، وقال أبو حاتم: ليس بالقوى، وروى معاوية بن صالح عن ابن معين: ضعيف، كذا قاله الحافظ الذهبى فى الميزان (٤/ ٤٥٣).

(١٣) وهو الصحيح ومبشر هذا متروك كما تقدم التعريف به فى ترجمته.

(١٤) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٣٣) من طريق عبد الله بن زيد بن أسلم مولى عمر بن الخطاب عن ابن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر... ثم ذكره، وعبد الله بن زيد بن أسلم قال الحافظ فى «التقريب»: صدوق فيه لين، وقال الذهبى فى «الميزان»: ضعفه يحيى وأبو زرعه ووثقه أحمد وغيره، وقال النسائى: ليس بالقوى.

الآية: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾[١٥] (النساء: ٢٠) وقال أبو صالح: القنطار: مائة رطل، وقال أبو سعيد الخدرى: ملء مسك ثور ذهبًا، وعن مجاهد سبعون ألف مثقال[١٦].

فصل: ويستحب أن لا يغلى الصداق: لما روى عن عائشة عن النبى ﷺ أنه قال: «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة»[١٧] رواه أبو حفص بإسناده، وعن أبى العجفاء قال: قال عمر رضي الله عنه: ألا لا تغلوا صداق النساء، فإنه لو كان مكرمة فى الدنيا أو تقوى عند الله، كان أولاكم بها رسول الله ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتى عشرة أوقية، وإن الرجل ليغلى بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة فى قلبه، وحتى يقول: كلفت لكم عِلْقَ القربة[١٨]، أخرجه النسائى وأبو داود مختصرًا، وعن أبى سلمة قال: سألت عائشة عن صداق النبى ﷺ فقالت: اثنتا عشرة أوقية ونش، فقلت: وما نش؟ قالت: نصف أوقية، أخرجاه أيضًا[١٩]، والأوقية أربعون درهمًا، فلا تستحب الزيادة على هذا، لأنه إذا ذكر ربما تعذر عليه فيتعرض للضرر فى الدنيا والآخرة.

ابن عبد البر وقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ (النساء: ٢٠) وروى أبو حفص بإسناده أن عمر أصدق أم كلثوم بنت على أربعين ألفًا، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾ قال أبو صالح: القنطار مائة رطل، وقال أبو سعيد: ملء نسك ثور ذهبًا، وعن مجاهد: سبعون ألف مثقال.

---

(١٥) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٣٣) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٦٧/ ٥٩٩) من طريق حميد الطويل عن بكر بن عبد الله قال: قال عمر... فذكره، قال البيهقى: هذا مرسل جيد.

(١٦) مسك ثور: جلده.

(١٧) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٣٥) والنسائى فى «السنن الكبرى» (٥/ ٩٢٧٥/ ١) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ١٤٥) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٧٨) وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبى، وهذا خطأ منهما كما سنبينه إن شاء الله تعالى.
وأبو نعيم فى «الحلية» (٢/ ١٨٦) من طريق يزيد بن هارون عن حماد بن سلمة عن ابن سخبرة عن القاسم عنها به... والحديث إسناده ضعيف، فابن سخبرة هذا قال الحافظ فى «التقريب»: قيل هو عيسى بن ميمون وهو ضعيف، وقال الذهبى فى «الميزان»: ابن سخبرة، عن القاسم وعنه حماد بن سلمة لا يعرف، ويقال: هو عيسى بن ميمون وجزم ابن أبى حاتم فى الجرح والتعديل، بأنه هو عيسى بن ميمون فقال: روى عن القاسم بن محمد روى عنه حماد بن سلمة فسماه ابن سخبرة.
قال ابن معين: ليس بشىء، وقال أبو زرعة: ضعيف الحديث، وقال أبو حاتم: متروك الحديث.

(١٨) تقدم برقم (٦٥) فى المسألة رقم (١١١٤) علق القربة: حبلها الذى تشد به.

(١٩) أخرجه مسلم (٢/ ح١٤٢٦) وأبو داود (٢/ ح٢١٠٥) بلفظه، والنسائى فى «سننه» (٦/ ح٣٣٤٧) وابن ماجه (١/ ح١٨٨٦) عن أبى سلمة بلفظه.

فـصل: وكل ما جاز ثمنًا في البيع أو أجرة في الإجارة من العين والدين، والحال والمؤجل والقليل والكثير، ومنافع الحر والعبد وغيرهما، جاز أن يكون صداقًا، وقد روى الدارقطني بإسناده قال: قال رسول الله ﷺ: «أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق» قيل: ما العلائق يا رسول الله؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيبًا من أراك»[٢٠] ورواه الجوزجاني، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: منافع الحر لا تكون صداقًا، لأنها ليست مالاً، وإنما قال الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النساء: ٢٤).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ (القصص: ٢٧) والحديث الذي ذكرناه، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة، فجازت صداقًا كمنفعة العبد، وقولهم: ليست مالاً، ممنوع، فإنها تجوز المعاوضة عنها وبها، ثم إن لم تكن مالاً فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح، وقد نقل مهنا عن أحمد: إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر، كيف يكون هذا؟ قيل له: فامرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تعمرها: قال: لا يصلح هذا، قال أبو بكر: إن كانت الخدمة معلومة جاز، وإن كانت مجهولة لا تضبط فلها صداق مثلها، كأنه تأول مسألة مُهَنًّا على أن

5- مسألة: (كل ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون صداقًا من قليل وكثير وعين ودين ومعجل ومؤجل ومنفعة معلومة كرعاية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوب ورد عبدها الآبق من موضع معين).

ومنافع الحر والعبد سواء، فقد روى الدارقطني بإسناده قال: قال رسول الله ﷺ: «أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق» قيل: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيبًا من أراك» ورواه الجوزجاني، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: منافع الحر لا يجوز أن تكون صداقًا لأنها ليست مالاً وإنما قال الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾.

ولنا قول الله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ (القصص: ٢٧) والحديث الذي ذكرناه، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة فجازت صداقًا كمنفعة العبد، وقولهم: ليست مالاً، ممنوع فإنها يجوز المعاوضة عنها وبها، ثم إن لم تكن مالاً فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح.

6- مسألة: (وإن كانت المنفعة مجهولة كرد عبدها أين كان وخدمتها فيما شاءت لم يصح لأنه عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولاً كالثمن في المبيع والأجرة في الإجارة).

7- مسألة: وكل ما يجوز أن يكون ثمنًا في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه، وما لا يقدر على

---

(٢٠) تقدم برقم (٣).

الخدمة مجهولة فلذلك لم يصح، ونقل أبو طالب عن أحمد: التزويج على بناء الدار وخياطة الثـوب وعمل شيء، جـائز، لأنه مـعلوم يجوز أخـذ العوض عـنه، فجـاز أن يكون صداقًـا كالأعيان، ولو تزوجـها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان مـعين، صح، لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجرة عنه، وإن أصدقها الإتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول.

فـــصل: ولو نكحهـا على أن يحج بها، لم تصح التسـمية، وبهذا قال الشـافعي، وقال النخعي ومالك والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد: يصح.

ولنا: أن الحُملان مجهول لا يوقف له على حد فلم يصح، كمـا لو أصدقها شيئًا، فعلى هذا لها مهر المثل، وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية.

فـــصل: وإن أصدقها خيـاطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسـمية ولم يجب مهر المـــثل، لأن تعذر تسليم ما أصدقهـا بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقـها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه، ويجـب عليه أجر مثل خياطته، لأن المعقـود على العمل فيه تلف فوجب الرجوع إلى عوض العمل، كما لو أصدقها تعليم عـبدها صِناعة فمات قبل التعليم، وإن عجز عن خياطتـه مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليـه أن يقيم مقامه من يخيطه، وإن طلـقها قبل خياطته قبل الدخـول فعليه خياطة نصفه، وإن أمكن معرفـة نصفه، وإن لم يمكن فعليه نصف

تسليمه كالطير في الـهواء والسمك في الماء، وما لا يتمول عادة كقـشرة جوزة وحبة حنطة لا يجوز أن يكون صداقًا.

لأنه نقل الملك فـيه بعوض فلم يجـز فيه مـا ذكرناه كالبـيع، ويجب أن يكون له نصف يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفًا، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه فيجب أن يبـقى لها مال تنتفع به وتعتبر نصف القيـمة لا نصف عين الصداق فإنه لو أصدقها عبدًا جاز وإن لم تمكن قسمته.

فـصل: ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية، وبه قال الشافعي، وقال النخعي والثوري ومالك والأوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد: يصح.

ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلا يصح كما لو أصدقها شيئًا.

فـصل: وإن أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل، لأن تعذر ما أصدقها بعـينه لا يوجب مهر المثل، كما لو أصدقها قفيـز حنطة فهلك قبل تسليمه، ويجب عليه أجرة مثل خـياطته، لأن المعقود عليه العمل فيـه تلف فوجب الرجوع إلى عوض العمل كما لو أصدقـها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم، وإن عجـز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يـخيطه، وإن طلقها قبل خياطته وقبل الدخول فعليه خياطة نصفه إن أمكن معرفة نصفه، وإن لم يمكن فعليه نصف أجرة خياطته إلا أن يبذل

أجر خياطته إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقينًا، وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره.

فصل: وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح، لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها، فجاز جعلها صداقًا كخياطة ثوبها، وإن أصدقها تعليمه أو تعليمها شعرًا مباحًا معينًا أو فقهًا أو لغة أو نحوًا أو غير ذلك من العلوم الشرعية التى يجوز أخذ الأجرة على تعليمها جاز، وصحَّت التسمية، لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه فجاز صداقًا كمنافع الدار.

فصل: فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد فى جعله صداقًا، فقال فى موضع: أكرهه وقال فى موضع: لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن، أو على نعلين، وهذا مذهب الشافعى، قال أبو بكر: فى المسألة قولان: يعنى روايتين، قال: واختيارى أنه لا يجوز، وهو مذهب مالك والليث وأبى حنيفة ومكحول وإسحاق، واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدى أن رسول الله ﷺ: جاءته امرأة، فقالت: إنى وهبت نفسى لك، فقامت طويلاً، فقال رجل: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال: «هل عندك من شيء تصدقها؟» فقال: ما عندى إلا إزارى، فقال رسول الله ﷺ: «إزارك، إن أعطيتها جلست ولا إزار لك، فالتمس شيئًا» قال: لا أجد، قال: «التمس ولو خاتمًا من حديد» فالتمس فلم يجد شيئًا، فقال رسول الله ﷺ: «زوجتكها بما معك

خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقينًا وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح، لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقًا كخياطة ثوبها.

8- **مسألة:** (وإن تزوجها على منافعه مدة معلومة فعلى روايتين).

إحداهما: لا يصح، وقد نقل مهنا عن أحمد إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا؟ قيل له: امرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تعمرها، قال: لا يصلح هذا، ووجه هذه الرواية أنها ليست مالاً فلا يصح أن يكون مهرًا كرقبته ومنفعة البضع، وهذا قول أبى حنيفة، ولأن المرأة تستحق على الزوج خدمته بدليل أنه إذا لم يقم لها من يخدمها لزمه بأن يتولى خدمتها، فإذا كانت خدمته متسحقة لها لم يجز أن يأخذ عليها عوضًا.

والثانية: يصح، وهى أصح بدليل قصة موسى عليه السلام وقياسًا على منفعة العبد، وتأول أبو بكر رواية مهنا على ما إذا كانت الخدمة مجهولة، فإن كانت معلومة جاز، وكذلك نقل أبو طالب عن أحمد أن التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب جائز، لأنه معلوم يجوز أخذ العوض عنه أشبه الأعيان وإن تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معلوم صح لذلك، وإن أصدقها الإتيان به أين كان لم يصح، لأنه مجهول.

9- **مسألة:** (وكل موضع لا تصح التسمية يجب مهر المثل فإن أصدقها ما لا يجوز أن

من القرآن» متـفق عليه[٢١]، ولأنها منفعة معينة مباحة فجـاز جعلها صداقًا كتعليم قصيدة من الشعر المباح.

ووجه الرواية الأخـرى: أن الفروج لا تستـباح إلا بالأموال لقـوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النســاء: ٢٤) وقـوله تعـالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النســاء: ٢٥) والطول: المال، وقـد روى «أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً على سورة من القرآن، ثم قال: لا تكون لأحـد بعدك مهرًا»[٢٢] رواه النجـاد بإسناده، ولأن تعليم القرآن لا يجـوز أن يقع إلا قربة لفاعله، فلم يصح أن يكون صـداقًا كالصـوم والصلاة وتعليم الإيمان، ولأن التعليم من المعلم والمتعلم مختلف ولا يكاد ينضبط، فأشبه الشيء المجهول، فأما حديث الموهوبة فقد قيل: معناه أنكحتكها بما معك من القرآن، أى زوجتكها، لأنك من أهل القرآن، كـما زوج أبا طلحـة على إسلامـه، روى ابن عبد البـر بإسناده عن أنس «أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم، فقالت: أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بنى فلان؟ إن أسلمت تزوجت بك، قال: فأسلم أبو طلحة، فـتزوجها على إسلامه»[٢٣]، وليـس فى الحديث الصـحيح ذكر الـتعليم، ويحتـمل أن يكون خاصًا لذلك الـرجل، بدليل ما رواه

يكون صداقًـا كالخمر والخنزير وتعليم التـوراة والإنجيل والمعدوم والآبق والطيـر فى الهواء، والمجهول كعبد وثوب ودار لا يفسد به النكاح فى الصحيح من المذهب).

وعنه يفسد، اختاره أبو بكر لأنه عقد معاوضة أشبه البيع.

ولنا: أن فساد المسمى ليس أكثر من عدمـه، وعدمه لا يفسد العقد كذلك هذا، إذا ثبت هذا فإنه يجب لها مهر المثل لأنها لم ترض ببدل ولم يسلم البدل وتعذر به العوض فوجب رد بدله كما لو باعه سلعة بخمر فتلفت عند المشترى.

10- **مسألة:** (وإن أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث أو قصيدة من الشعر المباح صح).

وكل ما يجوز أخذ الأجرة على تعليمه جاز وصحت التسمية، لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه فجاز صداقًا كمنافع الدار.

---

(٢١) تقدم تخريجه برقم (٥٨) مسألة رقم (٩١٢).

(٢٢) أخرجه سـعيد بن منصـور فى «سننه» (١/ ١٧٦) وهو مرسل أبى النعمان الأزدى، وقـال الحافظ فى «الفتح»: وهذا مع إرسـاله فيه من لا يعـرف وأبو النعمان الأزدى هذا قـال ابن أبى حاتم «مجـهول» والحديث فى الصـحيحين وغيـرهما كما تقـدم من حديث سهل بن سعد وليـس فيه هذه الزيادة «لا تكون لأحد من بعدك مهرًا» فهى لذلك زيادة منكرة.

(٢٣) رواه ابن عبد البر فى «التـمهيد» (١٢/ ٩١١) من طريق حماد بن سلمـة عن ثابت البنانى وإسحاق بن عبـد الله بن أبى طلحة عن أنس بـن مالك أن أبا طلحـة أتى أم سليم يخطبهـا. . . الحديث، وعـبد الرزاق فى «المصنف» (٦/ ١٧٩/ ١٠٤١٧) بنحوه. . .

النجاد ولا تفريع على هذه الرواية، فأما على الأخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها إياه إما سورة معينة أو سورًا أو آيات بعينها، لأن السور تختلف وكذلك الآيات، وهل تحتاج إلى تعيين قراءة مرتبة؟ فيه وجهان: **أحدهما:** يحتاج إلى ذلك، لأن الأغراض تختلف والقراءات تختلف فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل فأشبه تعيين الآيات.

والثاني: لا يفتقر إلى التعيين لأن هذا اختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبى ﷺ للمرأة قراءة وقد كانوا يختلفون فى القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبه ما لو أصدقها قفيزًا من صبرة، وللشافعى فى هذا وجهان كهذين.

فصل: **فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها** نظرت فإن قال أحصل لك تعليم هذه السورة صح لأن هذه منفعة فى ذمته لا تختص به فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة إذا استأجر من يحصلها له، وإن قال: علىَّ أن أعلمك، فذكر القاضى فى الجامع أنه لا يصح لأنه تعين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه ما لو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له، وذكر فى المجرد أنه يحتمل الصحة، لأن هذه تكون فى ذمته فأشبه ما لو أصدقها مالاً فى ذمته لا يقدر عليه فى الحال.

فصل: **فإن جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التى تريد تعليمى إياها، لم يلزمه،** لأن المستحق عليه العمل فى عين فلم يلزمه إيقاعه فى غيره كما لو استأجرته لخياطة ثوبها فأتته بغيره فقالت خط هذا، ولأن المتعلمين يختلفون فى التعليم اختلافًا كثيرًا ولأن له غرضًا فى تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها، وإن أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك، لأن

١١- **مسألة:** **(وإن كان لا يحفظها لم يصح ويحتمل أن يصح ويتعلمها ويعلمها).**

وجملته أنه ينظر فى قوله فإن قال أحصل لك تعليم هذه السورة، لأن هذه منفعة فى ذمته لا يختص بها فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة إذا استأجر من يحصلها، وإن قال: علىَّ أن أعلمك، فذكر القاضى فى الجامع أنه لا يصح لأنه معين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه ما لو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له، وذكر فى المجرد أنه يحتمل الصحة لأن هذا يكون فى ذمته فأشبه ما لو أصدقها مالاً فى ذمته لا يقدر عليه فى الحال، فعلى هذا يتعلمها ثم يعلمها أو يقيم لها من يعلمها.

فصل: **فإن جاءته بغيرها فقالت، علمه السورة التى تريد تعليمى إياها، لم يلزمه،** لأن المستحق عليه العمل فى عين لم يلزمه إيقاعه فى غيرها كما لو استأجرته لخياطة ثوب فأتته بغيره فقالت خط هذا، ولأن المتعلمين يختلفون فى التعليم اختلافًا كثيرًا وقد يكون له غرض فى تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها، فإن أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لأن المعلمين يختلفون فى التعليم وقد يكون لها غرض فى التعليم منه لكونه زوجها تحل له ويحل لها، ولأنه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياسًا لأحدهما على الآخر.

المعلمين يختلفون فى التعليم، ولأن لها غرضًا فى التعليم منه لكونه زوجها تحل له ويحل لها ولأنه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياسًا لأحدهما على الآخر.

فـصل: فإن تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليـمها فعليه أجر تعليمها، فإن اختلفا فقال علمتكيها فأنكرت فـالقول قولها، لأن الأصل عدم تعليمها، وفيه وجـه آخر: إنهما إن اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لأن الظاهر معه، وإن علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لأنه قد وفى لهـا بما شرط وإنمـا تلف الصداق بعـد القبض، وإن لقنها الجـميع وكلمـا لقنها آية أنسيتها لم يعتد بذلك تعليمـًا لأن ذلك لا يعد تعليمًا ولو جاز ذلك لأفضى إلى أنه متى قرأها فقرأتهـا بلسانها من غيـر حفظ كان تلقيـنًا، ويحتمل أن يكون ذلك تلقينًا لأنه قـد لقنها الآية وحفظتها، فأما ما دون الآية فليس بتلقين وجهًا واحدًا.

فصل: فإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق وإن لم يكن علمها ففيه وجهان: **أحدهما**: عليه نصف أجر تعليمها لأنها قد صارت أجنبية فلا يؤمن فى تعليمها الفتنة، **والثانى**: يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها فى المعاملات، وإن كان الطلاق بعد الدخـول ففى تعليمهـا السورة الوجهان، وإن أصـدقها رد عبدها من مكـان معين

12- **مـسألة: (فإن تعلمتها من غيره فعليه أجر تعليمها)** .

وكذلك إن تعذر عليه تـعليمها كما لو أصدقـها خياطة ثوب فتعذر، فـإن ادعى أنه علمها فأنكرته فـالقول قولها، لأن الأصل عـدمه، وفيه وجـه آخر أنهما إن اخـتلفا بعد أن تعلمـتها فالقول قوله، لأن الظاهر مـعه، وإن علمها السورة ثم أنسيتها فـلا شيء عليه لأنه قد وفى لها بما شرط وإنما تلف الصداق بعـد القبض، وإن لقنها الجميع وكلما لقنها شيئًا نـسيته لم يعتد بذلك تعليمًا، لأن ذلك لا يعـد تعليمًا فى العرف، ولو جاز ذلك لأفـضى إلى أنه متى أقرأها بيتًا من الشعر أو مسـألة من الفقه أو آية فقرأتها بلسانها من غير حـفظ كان تلقينًا، ويحتمل أن يكون ذلك تلقينًا لأنه قد لقنها وحفظها فأما ما دون الآية فليس تلقينًا وجهًا واحدًا.

13- **مـسألة: (فإن طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها ففيه وجهان)** .

أحدهـما: عليه نصف أجرة تعليمها لأنها قد صـارت أجنبية فلا يؤمن فى تعليمها الفتنة، **والثـانى**: يباح له تعليمها مـن وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سـماع كلامها فى المعـاملات، وإن كان الطلاق بعـد الدخول ففى تـعليمهـا الجميع وجـهان، وإن طلقهـا قبل الدخول بعد تعليمها رجع عليها بنصف أجر التعليم، لأن الطلاق قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لأنه لا يمكنه نصف الرد فإن طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف الأجرة.

14- **مـسألة: (وإن أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح، وعنه يصح)** .

اختلفت الروايـة عن أحمد فى جـعل تعليم شيء من القرآن صـداقًا، فقـال فى موضع:

فطلقها قبل الدخول وقبل الرد فـعليه نصف أجر الرد لأنه لا يمكنه نصف الرد وإن طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره.

أكرهه، وقال فى موضع آخر: لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين، وهذا مـذهب الشافعى، قـال أبو بكر: فى المسـألة قولان يعنى روايتـين قال واختيارى أنه لا يجـوز وهو مذهب مالك والليث وأبى حنيفة ومكحـول وإسحاق، واحتج من أجازه بما روى سهل بـن سعد الساعدى أن رسول الله ﷺ جاءته امـرأة فقالت: إنى وهبت نفسى لك، فقامت طويلاً فقال رجل: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال: «هل عندك من شىء تصدقها؟» فقال: ما عندى إلا ازارى، فقال رسول الله ﷺ: «إزارك إن أعطيتهـا إياه جلست ولا إزار لك فالتمس شيـئًا» قال: لا أجد، قال: «التـمس ولو خاتمًا من حديد» فالتمس فلم يجد شيئًا، فقال رسول الله ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن» متفق عليه[*] ولأنها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقًا كتعليم قصيدة من الشعر المباح.

ولنا أن الفروج لا تسـتباح إلا بالأموال لقـوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ وقـوله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء: ٢٥) والطـول: المال، وقـد روى أن رسول الله ﷺ زوج رجـلاً على سورة من القرآن ثـم قال: «لا يكون لأحد بعدك مـهرًا» رواه البخارى بإسناده، ولأن تعليم القرآن لا يجـوز أن يقع إلاَّ قربة لفاعله فلم يصح أن يكون صداقًا كالصوم والصلاة وتعليم الإيمـان، وأما حديث الموهوبة فقد قيل: معناه أنكحتكهـا بما معك من القرآن، أى زوجتكها لأنك من أهل القـرآن كما زوج أبا طلحة على إسلامـه، فروى ابن عـبد البـر بإسناده أن أبا طلحة أتى أم سليم يـخطبها قـبل أن يسلم فقالت: أتزوج بك وأنت تعـبد خشبة نحـتها عبد بنى فـلان؟ إن أسلمت تزوجت بك، قال: فأسلم أبو طلحة فتزوجها على إسلامه، وليس فى الحديث الصحيح ذكر التعليم، ويحتمل أن يكون خاصًا لذلك الرجل كما روى البخارى[2]، ولا تفريع على هذه الرواية، فأما على قولنا بالصحة فلا بد من تعـيين ما يعلمها إياه إما سورة أو سورًا أو آيات بعـينها لأن السور تختلف وكذلك الآيات.

15- **مسألة:** (ولا يحتاج إلى ذكر قراءة مَنْ، وقال أبو الخطاب: يحتاج إلى ذلك).

لأن الأغراض تختلف فمنها صعب كقراءة حـمزة وسهل فأشبه تعيين الآيات ووجه الأول أن هذا اختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبى ﷺ

(*) تقدم برقم (٢١) مغنى.

(2) تقدم تخريجه مستوفيًا برقم (٢٣) مغنى.

تنبيه: وقع فى نسخة «الشرح» كلمة «البخارى» بدلاً من «النجاد» وهذا تصحيف من بعض الطابعين وكثـيرًا ما يقع فى بعض كتب الفـقه مثل ما هـو هنا والروض المربع وغيرهمـا محرفًا إلى البـخارى والنجاد هو أبو بكر أحمد بن سلمان بن الحسن الفقيه الحنبلى المحدث.

فـــصل: ولو أصدق الكتـابية تعليم سورة من القـرآن لم يجز ولها مهـر المثل، وقـــال الشافعى: يصح لقول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلامَ اللَّهِ﴾ (التوبة: ٦).

ولنا: أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتـقاده أنه حق فالكافر أولى وقد قال النبى ﷺ «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم»(٢٤) فالتحفيظ أولى أن يُمنع منه، فأما الآية التى احتـجوا بها فلا حجة لهم فيـها فإن السماع غير الحـفظ، وإن أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شىء من التوراة والإنجيل لم يصح فى المـذهبين لأنه مبدل مغير، ولو أصدق الكتابى الكتابية شيئًا من ذلك كان كما لو أصدقها مُحَرَّمًا.

الفصل الـثانى: أن الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به لقول الله تعالى: ﴿وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ (النســاء: ٢٤) وقال النبى ﷺ: «العلائـق ما تراضى عليه الأهلـون»(٢٥) ولأنه عقد معاوضة فيعتبر رِضا المتـعاقدين كسائر عقود المعاوضات، فإن كان الولى الأب فمهما اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقًا قليلاً كان أو كثيرًا بكرًا كانت أو ثيبًا صغيرة كانت أو كبيرة على ما أسلفناه فيما مضى، ولذلك زوج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته وجعلا الصداق إجارة ثمـانى حجج من غير مراجعة الزوجة(٢٦)، وإن كـان

للمرأة قراءة وقد كانوا يخـتلفون فى القراءة أشد من اختلاف القراءة اليوم فأشبـه ما لو أصدقها قفيزًا من صبرة وللشافعى فى هذا وجهان كهذين.

فـــصل: ولو أصدق الكتـابية تعليم سورة من القـرآن لم يجز ولها مهـر المثل، وقـــال الشافعى: يصح لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلامَ اللَّهِ﴾.

ولنا: أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتـقاده أنه حق فالكافر أولى وقد قال النبى ﷺ: «لا تسافـروا بالقرآن إلى أرض العدو مخـافة أن تناله أيديهم» فالتـحفظ أولى أن يمنع منه، فأما الآية التى احتـجوا بها فلا حجة لهم فيـها فإن السماع غير الحفظ، فـإن أصدقها أو أصدق مـسلمة تعليم شىء من التـوراة لم يصح فى المذهبـين لأنه مبـدل مغيـر، ولو أصدق الكتابى الكتابية شيئًا من ذلك كان كما لو أصدقها محرمًا.

16- مـسـألة: (وإن تزوج نساءً بمهـر واحد وخالعهن بعوض واحـد صح ويقسم بينهن على قدر مهورهن فى أحد الوجهين، وفى الآخر يقسم بينهن بالسوية).

وجملـته أنه إذا تزوج أربع نسوة فى عقد واحد بمـهر واحد مثل أن يكون لهم ولى واحد كبنات الأعمـام أو موليات لولى واحد ومن ليس لهـن ولى فزوجهن الحاكم فالنـكاح صحيح

---

(٢٤) تقدم فى الجزء الأول المسألة رقم (٣٤) وهو حديث متفق عليه انظر اللؤلؤ والمرجان برقم (١٢٢٤).

(٢٥) تقدم برقم (٢٠).

(٢٦) إشـارة إلى قوله تعـالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ...﴾ (القصص: ٢٧).

الولي غير الأب اعتبر رضا المرأة والزوج، لأن الصداق لها وهو عوض منفعتها، فأشبه أجر دارها وصداق أمتها، فإن لم يستأذنها الولي في الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع إن جعل الصداق مهر المثل فما زاد صح ولزم وإن نقص عنه فلها مهر المثل.

الفصل الثالث: أن الصداق لا يكون إلا مالاً لقول الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النساء: ٢٤) ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة بحيث إذا طلّقها قبل الدخول بقى لها من النصف مال حلال، وهذا معنى قول الخرقي: له نصف يحصل، وما لا يجوز أن يكون ثمنًا في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه، وما لا يتم ملكه عليه كالبيع من المكيل والموزون قبل قبضه، وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء، وما لا يتمول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لا يجوز أن يكون صداقًا، لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالبيع، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفًا، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه، فيجب أن يكون لها مال تنتفع به ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فإنه لو أصدقها عبدًا جاز وإن لم تمكن قسمته.

١١٩٨- **مسألة:** قال: (وإذا أصدقها عبدًا بعينه فوجدت به عيبًا فردته فلها عليه قيمته).

وجملة ذلك: أن الصداق إذا كان معينًا فوجدت به عيبًا فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافًا إذا كان العيب كثيرًا فإن كان يسيرًا فحكى عن أبي حنيفة أنه لا يرد به.

والمهر صحيح وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أشهر قولي الشافعي، والقول الثاني: أن المهر فاسد ويجب مهر المثل لأن ما يجب لكل واحد منهن من المهر غير معلوم.

ولنا: أن الغرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته في التفصيل كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد وكذلك الصبرة بثمن واحد وهو لا يعلم قدر كل قفيز منها، إذا ثبت هذا فإن المهر يقسم بينهن على قدر مهورهن في قول القاضي وابن حامد وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي، وقال أبو بكر: يقسم بينهن بالسوية لأنه أضافه إليهن إضافة واحدة فكان بينهن بالسوية كما لو وهبه لهن أو أقر به وكما لو اشترى جماعة ثوبًا بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسوية وإن اختلفت رءوس أموالهم ولأن القول بالتقسيط يفضي إلى جهالة العوض لكل واحد منهن وذلك يفسده.

ولنا: أن الصفقة اشتملت على شيئين مختلفي القيمة فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة كما لو باع شقصًا وسيفًا أو اشترى عبدين فوجد أحدهما حرًا فإنه يرجع بقيمته من الثمن وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين فإذا إحداهما حرة أنه يرجع بقيمة الحرة، وما ذكره من المسألة ممنوع وإن سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسألتنا.

وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع إليها وتقسم الهبة عليها بخلاف مسألتنا

ولنا: أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير وإذا رد به فلها قيمته لأن العقد لا ينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه، وإن كان الصداق مثليًا كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله لأنه أقرب إليه، وإن اختارت إمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك فى قياس المذهب، وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيبًا خيرت بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه لأنه عوض فى عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالبيع، وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها ههنا مثل ما يثبت فى البيع لما ذكرنا.

فصل: وإن شرطت فى الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد به فى البيع وهكذا إن دلسه تدليسًا يرد به المبيع مثل تحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وتضمير الماء على الحجر وأشباه ذلك فلها الرد به، وإن وجدت الشاة مصراة فلها ردها ورد صاع من تمر قياسًا على البيع، وقد نقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هى تسعمائة: هى بالخيار إن شاءت أخذت الدار، وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما إذا أصدقها دارًا بعينها على أنها ألف ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب فى ثبوت الرد لأنه شرط شرطًا مقصودًا فبان بخلافه، فأشبه ما لو شرط العبد كاتبًا فبان بخلافه وجوز أحمد الإمساك لأن المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الإمساك أرشًا لأن ذلك ليس بعيب، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها.

وإفضاؤه إلى جهالة لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة، ومثل هذه المسألة إذا خالع نساءه بعوض واحد فإنه يصح مع الخلاف فيه ويقسم العوض فى الخلع على قدر مهورهن وعند أبى بكر يقسم بالسوية.

فصل: فإن تزوج امرأتين بصداق واحد إحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك وقلنا بصحة النكاح فى الأخرى فلها حصتها من المسمى، وبه قال الشافعى على قول وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة: المسمى كله للتى يصح نكاحها، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال فصار كأنه تزوجها والحائط بالمسمى.

ولنا: أنه عقد على عينين إحداهما لا يجوز العقد عليها فلزمه فى الأخرى بحصتها كما لو باع عبده وأم ولده، وما ذكره لا يصح فإن المرأة فى مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط.

فصل: فإن جمع بين نكاح وبيع فقال: زوجتك ابنتى وبعتك دارى هذه بألف صح ويقسط الألف عليهما على قدر صداقها وقيمة الدار، وإن قال: زوجتك ابنتى واشتريت منك عبدك هذا بألف فقال: بعتكه وقبلت النكاح، صح ويقسط الألف على العبد ومهر مثلها، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يصح البيع والمهر لإفضائه إلى الجهالة.

ولنا: أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفردًا فصح جمعهما كما لو باعه ثوبين، وإن قال زوجتك ولك هذه الألف بألفين لم يصح، لأنه كمد عجوة.

١١٩٩- **مسألة:** قال: (وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حرًا أو استحق سواء سلمه إليها أو لم يسلمه).

وجملة ذلك: أنه إذا تزوجها على عبد بعينه تظنه عبدًا مملوكًا فخرج حرًا أو مغصوبًا فلها قيمته وبهذا قال أبو يوسف والشافعى فى قديم قوليه، وقال فى الجديد: لها مهر المثل، وقال أبو حنيفة ومحمد فى المغصوب كقولنا، وفى الحر كقوله: لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه فأشبه ما لو علماه حرًا.

ولنا: أن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمتـه كالمغصوب ولأنها رضيت بقيمته، إذ ظنته مملوكـًا فكان لها قيمتـه كما لو وجدته معيـبًا فردته، بخلاف ما إذا قـال: أصدقتك هذا الحر أو هذا المغصوب، فإنها رضيت بلا شىء لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال أو بما لا يقدر على تمليكه إياها فكان وجود التسمـية كعدمها فكان لها مهر المـثل وقول الخرقى سواء سلمه إليها أو لم يسلمه يعنى أن تسليـمه لا يفيد شيئًا، لأنه سلم ما لا يجوز تـسليمه ولا تثبت اليد عليه فكان وجوده كعدمه.

فـصل: فإن أصدقها مثليًا فـبان مغصوبًا فلها مثله، لأن المثل أقرب إليه ولهذا يضمن به فى الإتلاف، وإن أصدقها جرة خل فخرجت خمرًا أو مغصوبة فلها مثل ذلك خلاً، لأن الخل من ذوات الأمثـال، وهذا مذهب أبى حنيفـة وبعض أصحاب الشـافعى، وقال القـاضى: لها

فـصل: قال: ﷺ (ويشترط أن يكون معلومًا كالثمن فإن أصدقها دارًا غير معينة أو دابة لم يصح).

وهذا اختيار أبى بكر ومـذهب الشافعى، وقال القاضى: يصح مجهولاً مـا لم تزد جهالته على مهر الـمثل، لأن جعفر بن مـحمد نقل عن أحمـد فى رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل أن يدخل: يقوم الخادم وسطًا على قدر ما يخدم مثلها، ونحو هذا قول أبى حنيفة، فعلى هـذا لو تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حـيوان من جنس معلوم أو ثوب هروى أو مروى أو ما أشبه مما يذكر جنسه، فإنه يصح ولها القسط، وكذلك قفيز حنطة وعشرة أرطال زينب فإن كانت الجهالة تزيد على جهـالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمـه أو حكم أجنبى أو على حنطة أو شعير أو زبيب أو على ما اكـتسبه من العام لم يصح لأنه لا سـبيل إلى معرفة الوسط فـيتعذر تسليمـه، وفى الأول يصح لقول النبى ﷺ: «أدوا العلائق ما تراضى عليه الأهلون» وهذا قد تراضـوا عليه، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان فى الذمة بدلاً عما ليس المـقصود فيه المال فيثبت مطلقًا كالدية ولأن جـهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لأنه يعتبر بنسائها من تساويها فى صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ولأنه لو تزوجها على مهر المثل صح فهـهنا مع قلة الجهل أولى، ويفارق البيع فإنه لا يحتمل فيه الجهالة بحـال، وقال مالك: يصح مجهولاً، لأنه ليس بأكثـر من ترك ذكره، وإن أصدقها

قيـمته، لأن الخـمر ليس بمال ولا من ذوات الأمـثال، والصحـيح ما قلناه، لأنه سمـاه خلاً فرضيت به على ذلك فكان لها بدل المسمى كالحر، وما ذكـره يبطل بما إذا أصدقها عبداً فبان حرّاً، ولأنه إن أوجب قيمة الخمر فالخمر لا قيمة له وإن أوجب قيمة الخل فقد اعتبر التسمية فى إيجاب قيمته ففى إيجاب مثله أولى.

فـصل: فإن قال أصدقتك هذا الخمر وأشـار إلى الخل أو عبد فلان هذا وأشار إلى عبده صحت التـسميـة ولها المشـار إليه، لأن المعقـود عليه يصح العقد عليه فـلا يختلف حكمه باختـلاف صفتـه كما لو قال: بعـتك هذا الأسود وأشار إلى أبـيض أو هذا الطويل وأشار إلى قصير.

فـصل: وإن تزوجها على عبدين فخرج أحـدهما حرّاً أو مغصوباً صح الصداق فى تملكه ولها قـيمـة الآخر، نص عليه أحمد، وإن كان عبداً واحداً فخـرج نصفه حرّاً أو مغصوباً فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته وبين إمساك نصفـه وأخذ قيمة باقيه، نص عليه أحمد، لأن الشركة عيب فكان لها الفسخ كمـا لو وجدته معيباً، فـإن قـيل: فلم لا تقولون بـبطلان التسمـية فى الجميع وترجع بالقيمة كلها فى المسـألتين كما فى تفريق الصفقة؟ قلـنا: إن القيمـة بدل إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل وها هنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مسمى فى العقد فلا يجوز الرجوع إلى بدله، أما تفريق الصـفقة فإنه إذا بطل العقد فى الجميع صرنا إلى الثمن وليس هـو بدلاً عن المبيع، وإنمـا انفسخ العقـد فرجع فى رأس مـاله، وههنا لا

عبداً مطلقًا لم يصح وهو قول أبى بكر، وقـال القاضى: يصح ولها الوسط وهو السندى كما لو أصدقها عبداً أو ثوبًا وذكر جنسه لأن له وسطًا تعطاه المرأة.

17- **مـسألة:** (وإن أصدقها عبداً من عبيده لم يصح).

ذكـره أبو بكر، وقال أبو الخطاب: يصـح، وقد روى صـحتـه عن أحمـد ولها أحـدهم بالقرعة وكذلك يخرج إذا أصـدقها دابة من دوابه أو قميصًا من قمـصانه أو نحوه فإنه قد روى عن أحمد فى رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبـيده جائز فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فإن تشاحـا أقرع بينهم، قلت: وتستقيم القرعـة فى هذا؟ قال: نعم، ووجه ذلك أن الجهالة فى هذا يسيرة ويمكن التـعيين بالقرعة بخلاف ما إذا أصدقها عبـداً مطلقًا فإن الجهالة تكثر ولا تصح.

ولنا: أن الصداق عـوض فى عقد معـاوضة فلم يصح مجـهولاً كعوض البـيع والإجارة، ولأن المجهول لا يصـلح عوضًا فى البيع فلم يصح تسميـته كالمحرم وكمـا لو زادت جهالته على مهر المـثل، وأما الخبر فـالمراد به ما تراضوا عليـه مما يصلح عوضًا بـدليل سائر ما لا يصلح، وأما الدية فـإنها تثبت بالشـرع لا بالعقد وهى خـارجة عن القيـاس فى تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغى أن تجعل أصلاً، ثم إن الحيوان الثابت فـيها موصوف بسنه مقدر بقيمته

ينفسخ العقد وإنما رجع إلى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه «والعبـد مقدور على تسليمه» فلا وجه لإيجاب قيمتـه، وأما إذا كان نصفه حرًا ففيه عيب فجاز رده بعـيبه، وقال أبو حنيفة: إذا أصدقها عبدين فإذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقًا ولا شىء لها سواه.

ولنا: أنه أصدقها حرًا فلم تسقط تسميته إلى غير شىء كما لو كان منفردًا.

١٢٠٠- مسألة: قال: **(وإذا تزوجها على أن يشترى لها عبدًا بعينه فلم يُبَع أو طلب فيه أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته).**

نص أحمد على هذا فى رواية الأثرم، وقـال الشافعى: لا تصح التسمية ولهـا مهر المثل لأنه جعل ملك غيره عوضًا فلم يصح كالبيع.

ولنا: أنه أصدقها تحصيل عبد معـين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم، ولا نسلِّم أنه جـعل ملك غيره عوضًـا وإنما العوض تحصـيله وتمليكها إياه، إذا ثبت هذا فإنه إذا قدر عليه بثـمن مثله لزمه تحصيله ودفعه إليـها وإن جاءها بقيمته لم يلزمـها قبوله لأنه قدر على دفع صداقها إليها فلزمه كما لو أصدقها عبدًا يملكه، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه لتلفه أو غير ذلك أو طُلب فيه أكثر من قيمته فلها قيمته، لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المـتقوم فوجبت قيمتـه كما لو تلف، وإن كان الذى جعل لها مثليّـا فتعذر شراؤه وجب لها مثله لأن المثل أقرب إليه.

فكيف يقاس عليه العبد المطلق فى الأمرين؟ ثم ليست عـقدًا وإنما الواجب فيها بدل متلف لا يعتبر فيه التراضى فهو كقيمة المتلفـات فكيف يقاس عليها عوض فى عقد يعتبر تراضيهما به؟ ثم إن قياس العوض فى عـقد معاوضة على عوض فى معاوضة أخـرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف، وأمـا مهر المـثل فإنما يجب عند عـدم التسمـية الصحيـحة كمـا تجب قيم المتلفات وإن كانت تحـتاج إلى نظر، ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند عـدم التسمية ولا نصيـر إلى عبد مطلق، ولو باع ثوبًا بعـبد مطلق فأتلفـه المشترى فـإنا نصير إلى تقـويمه ولا نوجب العبد المطلق ثم لا نسلم أن جـعالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مـهر المثل فإن العادة فى القبـائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالـبكارة والثيوبة فقط فيـكون إذًا معلومًـا والوسط من الجنس يبـعد الوقـوف عليه لكثـرة أنواع الجنس واختـلافهـا واختلاف الأعيان فى النوع الواحد، وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصّا يصار إليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم؟.

وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه، إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل فى كل موضع حكمنا بفساد التسمية، ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسـمى والوسط من العبيد السندى لأن الأعلى التـركى والرومى والأسفل الزنجى والحبشى والوسط السندى والمنصورى.

فــصل: وإن تزوجها على عـبد موصوف فى الذمة صح، لأنـه يصح أن يكون عوضًا فى البيع، فإن جاءهـا بقيمته لم يلزمهـا قبولها ، وبهذا قـال الشافعى واختـاره أبو الخطاب، وقال القاضى: يلزمها قبولها قياسًا على الإبل فى الدية.

ولنا: أنها استحقت عليه عـبدًا بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمـته كالمسلم فيه، ولأنه عبد وجب صداقًا فأشبه ما لو كان معيبًا وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الإبل وإنما الأثمان أصل فى الدية كما أن الإبل أصل فيتخيـر بين دفع أى الأصول شاء فيلزم الولى قبوله لا على طريق القيمـة بخلاف مسألتنا، ولأن الدية خارجـة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقـاس عليها، ثم قياس العـوض على سائر الأعواض أولى من قـياسه على غير عـقود المعاوضـات ثم ينتقض بالعبد المعين.

فـصل: وإن تزوجهـا على أن يعتق أباها صح ، نص عليه أحمد، فإن طلب به أكثر من قيمتـه أو لم يقدر عليه فلها قيـمته، وهذا قول الشعبى ووجـهه ما تقدم فإن جاءها بقـيمته مع إمكان شرائه لم يلزمها قبولها لما ذكرنا ولأنه يفوت عليها العوض فى عتق أبيها.

فـصل: وإن تزوجها على عبـد موصوف فى الذمة صح ، لأنه يجوز أن يكون عوضًا فى البيع فإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها، وبهذا قال الشافعى، وهو اختيار أبى الخطاب، وقال القاضى: يلزمها ذلك قياسًا على الإبل فى الدية.

ولنا: أنها استحقت عليه عـبدًا بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمـته كالمسلم فيه، ولأنه عبد وجب صداقًا فأشـبه ما لو كان معيبًا، وأما الدية فلا يلزمه أخـذ قيمة الإبل وإنما الأثمان أصل فى الدية فيـتخير بين أى الأصـول شاء فيلزم الولى قـبوله لا على طريق القيمـة بخلاف مسألتنا، ولأن الدية خارجة عن القياس فلا يناقـض بها ولا يقاس عليها ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين.

18- مسألة: (وكذلك إن أصدقها عبدًا مطلقًا فجاءها بقيمته أو خالعته على ذلك فجاءته بقيمته لم يلزمهما قبولها).

وقال القاضى: يلزمهما ذلك إلحاقًا بالدية، وقـد ذكرنا الفرق بينهما وأن الصحيح خلاف قوله.

فصل: وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح ، نص عليه أحمد، فإن طلبت أكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته وهذا قول الشعبى لما نذكره فى الفصل الذى يليه فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه، لم يلزمها قبوله لما ذكرناه ولأنه يفوت عليها الغرض فى عتق أبيها.

فــصل: فإن تزوجها على أن يشـترى لها عبدًا بعينه فلم يبعه سـيده، أو طلب به أكثر من قيمـته أو تعذر عليه، فلها قيـمته نص عليه أحـمد فى رواية الأثرم، وقال الشـافعى: لا تصح التسمية ولها مهر المثل، لأنه جعل ملك غيره عوضًا فلم يصح كالبيع.

فـصل: ولا يصح الصداق إلا معلومـًا يصح بمثله البيع، وهذا اختيار أبى بكر ومذهب الشافعى، وقـال القاضى: يصح مجهـولاً ما لم تزد جهالتـه على مهر المثل، لأن جـعفر بن محمد نقل عن أحمد فى رجل تزوج امـرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل أن يدخل بها: يقوم الخادم وَسَطًا على قدر ما يخدم مثلها، ونحو هذا قول أبى حنيفة، فعلى هذا إذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروى أو مروى(٢٧) وما أشبهه ممـا يذكر جنسه فإنه يصح ولها الوسط، وكذلك قفـيز حنطة وعشرة أرطال زيت، وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبى أو على حنطة أو شعير أو زيت أو على ما اكتسبه فى العام لم يصح لأنه لا سبيل إلى معرفـة الوسط فيتعـذر تسليمه، وفى الأول يصح لقول النبى ﷺ: «العـلائق ما تراضى عليه الأهلون»(٢٨) وهذا قد تراضوا عليه، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان فى الذمة بدلاً عما

ولنا: أنه أصدقها تحصيل عبد معـين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضًا وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه، إذا ثبت هذا فإنه إن قدر عليه بثمن مثله لزمـه تحصيله ودفعه إليها وإن جاءها بقيمتـه لم يلزمها قبولها لأنه قدر على دفع صـداقها إليهـا فلزمه كما لو أصـدقها عبـدًا يملكه فإن تعذر عليه الوصـول إليه لتكلفه أو غير ذلك أو طلب به أكثر من قيمته فلها قيمته لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقدم فوجب قيمته كما لو تلف فإن كان الذى جعل لها مثليّا فلها مثله عند التعذر لأن المثل أقرب إليه.

19- مـسـألة: (وإن أصدقها طلاق امرأة له أخـرى لم يصح وعنه يصح فإن فات طلاقها بموتها فلها مهرها فى قياس المذهب).

ظاهر المذهب أن المـسمى ههنا لا يصح ولهـا مهر مثلهـا، وهذا اختيـار أبى بكر وقول الفقهاء، لأن هذا ليس بمال وقد قال الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النساء: ٢٤) ولأن النبى ﷺ قال: «لا تسـأل المرأة طلاق أختهـا لتكفى ما فى صحـيفتهـا ولتنكح فإن لها مـا قدر لهـا»(3) صحيح، وروى عبد الله بن عـمر عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطـلاق أخرى»(4) وأن هذا لا يصلح ثمنًا فى بيع ولا أجرًا فى إجـارة فلم يصح صداقًا

---

(٢٧) مرويّ: نسبة إلى مَرْوُ، مَرْويزيّ، على غير قياس وهى التى تـنسب إليها الثياب أما المروى، فهو بفتح الميم والراء نسبة إلى مروة، مدينة بالحجاز نحو وادى القرى (اللباب/ ٣/ ١٢٧/ ١٢٨).

(٢٨) تقدم برقم (٣) فى نفس الباب.

(3) سيأتى برقم (٦٣ مسألة ١٢١٤).

(4) أخرجه أحمد فى مسنده (٦٦٤٧) وقال أحمد شاكـر: إسناده صحيح، وذكره الهيثمى فى المجمع (٨/ ٦٣ - ٦٤).

ليس المقصـود فيه المال فثبت مطلقًا كالدية، ولأن جهالة التـسمية ههنا أقل من جهـالة مهر المثل لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها فى صـفاتها وبلدها وزمانها ونسبها، ثم لو تزوجها على مهـر مثلها صح فهـا هنا مع قلة الجهل فيـه أولى، ويفارق البيع فإنه لا تحـتمل فيه الجـهالة بحال، وقال مالك: يصح مجهولاً لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره، وقال أبو الخطاب: إن تزوجها على عبد من عبيده أو قميص من قمصانه أو عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح، لأن أحمد قال: فى رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده: جائز، فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فإن تشاحـا أقرع بينهم، قلت: وتستقيم القرعـة فى هذا؟ قال: نعم، ووجهه أن الجهالة ها هنا يسيـرة ويمكن التعيين بالقرعة بخـلاف ما إذا أصدقها عبدًا مطلقـًا فإن الجهالة تكثر فلا يصح.

ولنا: أن الصداق عـوض فى عقد معـاوضة فلم يصح مجـهولاً كعوض البـيع والإجارة، ولأن المجهول لا يصلح عوضـًا فى البيع فلم تصح تسميته كالمحـرم، وكذا لو زادت جهالته على مهر المـثل، وأما الخبر فـالمراد به ما تراضوا عليـه مما يصلح عوضًا بـدليل سائر ما لا يصلح، وأما الدية فـإنها تثبت بالشـرع لا بالعقد وهى خـارجة عن القيـاس فى تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغى أن تجعل أصلاً، ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته، فكيف يقاس عليـه العبد المطلق فى الأمـرين؟ ثم ليست عقدًا، وإنمـا الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضى فهو كقيم المتلفات، فكيف يقـاس عليها عوض فى عقد يعتبر تراضيهما به؟ ثم إن قياس العوض فى عـقد معاوضة على عوض فى معاوضة أخـرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف، وأمـا مهر المـثل فإنما يجب عند عـدم التسمـية الصحيـحة كمـا تجب قيم

كالمنافع المحرمة، فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصـدقها خمرًا أو نحوه ويكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلـقها قبل الدخول أو المتعـة عند من يوجبها فى التسمـية الفاسدة، وعن أحمد رواية أخرى أن التسمـية صحيحة لأنه شرط فعل لها فيـه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح هذا كعتق أبيها وخياطة قميصها ولهذا صح بذل العوض فى طلاقها بالخلع، فعلى هذا إن لم تطلق ضـرتها فلها مثل صداق الضرة، لأنه سمى لها صداقًا لم تصل إليه فكـان لها قيمته كما لو أصدقها عبـدًا فخرج حرّا، ويحتمل أن لها مهر مثلها، لأن الطلاق لا قيمة له فـإن جعل صداقها أن طلاق ضرتها إليها إلى سنة أو إلى وقت فجاء الوقت ولم تقـض شيئًا رجع الأمر إليـه فقد أسقطه أحمـد لأنه جعله لها إلى وقت فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئًا بطل تصرفها كالوكيل وهل يسقط حقها من المهر؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر، أحدهما: يسقط لأنها تركت ما شرط لها باختيارها فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فأعتقه، والثاني: لا يسقط لأنها أخرت استيفاء حقها فلم يسقط كما لو أخرت قبض دراهمها، وهل يرجع إلى مهر مثلها أو إلى مهر الأخرى؟ يحتمل وجهين.

المتلفات وإن كانت تحتاج إلى نظر، ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير إلى عبد مطلق، ولو باع ثوبًا بعبد مطلق فأتلفه المشترى فإنا نصير إلى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل، فإن العادة فى القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب، فيكون إذًا معلومًا والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الأعيان فى النوع الواحد، وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصًا يصار إليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم؟ وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه، إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل فى كل موضع حكمنا بفساد التسمية، ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندى لأن الأعلى التركى والرومى والأسفل الزنجى والحبشى والوسط السندى والمنصورى، قال القاضى: وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها إلحاقًا بالإبل فى الدية.

فصل: ويجوز أن يكون الصداق معجلاً ومؤجلاً وبعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً، لأنه عوض فى معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن، وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله، وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضى: المهر صحيح ومحله الفرقة، فإن أحمد قال: إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة، وهذا قول النخعى والشعبى، وقال الحسن وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة والثورى وأبو عبيد: يبطل الأجل ويكون حالاً، وقال إياس بن معاوية وقتادة: لا يحل حتى يطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها.

فصل: الزيادة فى الصداق بعد العقد تلحق به، نص عليها أحمد قال فى الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها فى مهرها فهو جائز، فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الصداق الأول ونصف الزيادة وهذا قول أبى حنيفة، وقال الشافعى: لا تلحق الزيادة فى العقد فإن زادها فهى هبة تفتقر إلى شروط الهبة، فإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشىء من الزيادة، قال القاضى: وعن أحمد مثل ذلك فإنه قال: إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعًا فقالت الأمة: زدنى فى مهرى حتى أختارك، فالزيادة للأمة، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد.

قال شيخنا: وليس هذا دليلاً على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره ولأن معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وأنها تكون للسيد، وحجة الشافعى أن الزوج ملك البضع بالمسمى فى العقد فلم يحصل بالزيادة شىء من المعقود عليه فلا يكون عوضًا فى

وعن مكحول والأوزاعى والعنبرى: يحل إلى سنة بعد دخوله بها، واختار أبو الخطاب أن المهر فاسـد ولها مهر المثل وهو قول الشافـعى لأنه عوض مجهول المحل ففـسد كالثمن فى البـيع، ووجه القـول الأول: أن المطلق يحمل على العـرف والعادة فى الصـداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه فيصـير حينئذ معلومًا بذلك، فأما إن جعل الآجل مدة مجهـولة كقدوم زيد ومجيء الـمطر ونحوه لم يصح، لأنه مجهـول، وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقـة بحكم العادة، وهـهنا صرفه عن العـادة بذكر الأجل ولم يبينه فـبقى مجـهولاً، فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل.

١٢٠١- **مسألة:** قال: **(وإذا تزوجها على محرم وهمـا مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول).**

فى هذه المسألة ثلاث مسائل:

الأولى: أنه إذا سمى فى النكاح صداقًا محرمًا كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح، نص عليه أحمد، وبه قال عامة الفـقهاء منهم الثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، وحكى عن أبى عبيد أن النكاح فاسد واختـاره أبو بكر عبد العزيز قال: لأن أحمد قال فى رواية المـروذى: إذا تزوج على مال غـير طيب فكرهه، فـقلت: ترى استـقبـال النكاح؟ فأعجبه، وحكى عن مالك أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح وإن كان قبله فسخ، واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرمًا فأشبه نكاح الشغار.

ولنا: أنه نكاح لو كان عوضـه صحيحًا كان صـحيحًا فوجب أن يكون صحـيحًا وإن كان عوضه فاسـدًا كما لو كان مغصوبًا أو مجـهولاً ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العـوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمـه ولو عدم كان العقد صحيحًا فكذلك إذا فسد، وكلام أحمـد فى رواية المروذى محمول على الاستحبـاب، فإن مسألة المروذى فى المال الذى ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسمـيته فيه اتفاقًا، وما حكى عن مالك لا يصح فإن ما كان فاسدًا قبل الدخول فهو بعـده فاسد، كنكاح ذوات المحارم، فأما إذا فسد الصداق

النكاح كمـا لو وهبـها شـيئًـا ولأنها زيادة فى عوض العقـد بعد لزومه فلم تلحق به كـما فى البيع.

ولنا: قول الله تـعالى: ﴿وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ (النساء: ٢٤) ولأن ما بـعد العـقد زمن لفرض المهـر فكان حالة الزيادة كـحالة العـقد وبهـذا فارق البـيع والإجارة، وقولهم: إنه لا يملك شيـئًا من المعقود عليه قلنا: هذا يبطل بجـميع الصداق فإن الملك ما حـصل به ولهذا صح خلوه عنه وهذا ألزم عندهم فـإنهم قالوا مهـر المفوضـة إنما وجب بفرضه لا بالعـقد وقد ملك البضع بدونه، ثم إنه يجوز أن يـستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بهما جميعًا كما قالوا فى مهر المفوضة إذا فرضه وكما قلنا جميعًا

لجهالتـه أو عدمه أو العجـز عن تسليمه فإن النكاح ثـابت لا نعلم فيه خلافًـا، وقول الخرقى «وهما مسلمان» احتراز من الكافرين إذا عقد النكاح بمحرم فإن هذه قد مر تفصيلها.

المسـألة الثانـية: أنه يجب مهر المثل، وهذا قول أكـثر أهل العلم منهم مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى، وذلك لأن فساد العوض يقتـضى رد المعوض وقد تعذر رده لصحة النكاح فيجب رد قيمته وهو مهل المثل كمن اشتـرى شيئًا بثمن فاسد فقبض المبيع وتلف فى يده فإنه يجب عليه رد قـيمته، فإن دخل بهـا استقر مهـر المثل فى قولهم جميـعًا، وإن مات أحدهما فكذلك لأن الموت يقوم مقام الدخول فى تكميل الصداق وتقريره، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخـرى: لا يستقر بالموت إلا أن يكون قـد فرضه لها، وإن طلق قـبل الدخول فلها نصف مهر المـثل وبهذا قال الشافعى، وقـال أصحاب الرأى: لها المتـعة لأنه لو لم يسم لها صداقًا كان لهـا المتعة، فكذلك إذا سمى لها تسميـة فاسدة لأن هذه التسمية كعـدمها، وذكر القاضى فى الجامع أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقًا وبين من سمى لها محرمًا كالخمر أو مجهولاً كالثوب، وفى الجميع روايتان:

إحـداهمـا: لها المتعة إذا طلقها قبل الدخـول لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبـيع، لكن تركناه فى نصف المسمى لتراضيـهما عليه فكان ما تراضـيا عليه أولى، ففى مهر المثل يبقى على الأصل فى أنه يرتفع وتجب المتعة.

والثانية: أن لها نصف مهر المثل لأن ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبـه العقد فيتنصف به كالمسمى، والخرقى فرق بينهمـا فأوجب فى التسمية الفاسدة نصف مهر المثل وفى المفوضة المـتعة، وهو مذهب الشافعى، لأن المفوضة رضيت بلا عوض وعاد إليها بضعها سليـمًا وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له لأن الله تعالى أوجب لها المتعة ففى إيجـاب نصف المهر جمع بينهما أو إسقاط للمتعـة المنصوص عليها وكلاهما فاسـد، وأما التى اشترطت لنفـسها مهـرًا فلم ترض إلا بعوض ولم يحصل لهـا العوض الذى اشتـرته فوجب لهـا بدل ما فـات عليها مـن العوض وهو مهـر المثل أو نصـفه إن كـان قبل

فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها، إذا ثبت هذا فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه ثبت لها حكم المسمى فى العقد فى أنها تنصف بالطلاق قبل الدخول ولا تفتقر إلى شروط الهبة وليس معناه أن الملك يثبت فـيها من حين العقد ولا أنها تثـبت لمن كان الصداق له، لأن الملك لا يجوز تقديمه على سببه ولا وجوده فى حال عدمه وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ وقال القاضى فى الزيادة وجه آخر: إنها تسقط بالطلاق.

قال شيخنا: لا أعرف ذلك فإن من جعلها صداقًا جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسـقط كلها إذا جاء الفـسخ من قبل المرأة ومن جـعلها هبة لا تتنصف بطلاقـها إلا أن تكون غير مقبوضة فإنها عدة غير لازمة فإن كان القاضى أراد ذلك فهذا وجه وإلا فلا.

الدخـول، ولأن الأصل وجوب مـهر المـثل، لأنه وجب بالعقـد بدليل أنه يستـقر بالـدخول والموت وإنما خولف هذا فى المفوضة بالنص الوارد فيها ففيما عداها يبقى على الأصل.

المسـألة الثالـثة: أنه إذا سمى لها تسمـية فاسدة وجب مهر المثـل بالغًا ما بلغ، وبه قال الشافعى وزفر، وقـال أبو جنيفة وصاحباه: يجب الأقل من المسمى أو مـهر المثل لأن البضع لا يقوم إلا بالعقـد فإذا رضيت بأقل من مهر مثلـها لم يقم بأكثر مما رضـيت به لأنها رضيت بإسقاط الزيادة.

ولنا: أن ما يضمن بالعـقد الفاسد اعتبـرت قيمته بالغًا مـا بلغ كالمبيع، وما ذكـروه فغير مسلم ثم لا يصح عندهم فإنه لو وطئها وجب مهر المثل ولو لم يكن له قيمة لم يجب، فـإن قيل: إنما وجب لحق الله تعالى؟ قيل: لو كان كذلك لوجب أقل المهر ولم يجب مهر المثل.

١٢٠٢- **مـسـألة:** قـال: (وإذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيـها كان ذلك جائزًا فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين ولم يكن على الأب شيء مما أخذ).

وجـملـة الأمـر أنه يجوز لأبى المرأة أن يشتـرط شيئًا من صداق ابنته لنفـسه، وبهذا قال

20- **مـسـألة:** (وإن تزوجها على ألف إن كـان أبوها حيّا وألفين إن كان مـيتًا لم تصح التسمية).

ولها صـداق نسائها نص عليه أحـمد فى رواية مهنا لأن حـال الأب غير معلومـة فيكون مجهولاً.

21- **مـسألة:** (وإن تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة وعلى ألفين إن كانت له زوجة لم تصح التسمية).

فى قياس التى قبلها وكذلك إذا تزوجها على ألف إن لم يخرجها من دارها، ونص أحمد على صحة التسمية فى هاتين المسألتين، قال أبو بكر: فى الجميع روايتان.

إحـداهـمـا: لا يصح وهو اختيـار أبى بكر، لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يجـز كالبيع والثانـية: يصح، لأن الألف معلوم وإنما جهل الثانى وهو مـعلوم على شرط فإن وجد الشرط كان زيادة فى الصداق وهى جائـزة والأولى أولى، والقول بأن هذا تعليق على شرط، لا يصح لوجهين: أحدهـما: أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط فلو قال: إن مات أبوك فقد زدتك إلى صداقك ألفًا لم يصح ولم تلزم الزيادة عند موت الأب، والثانى: أن الشرط ههنا لم يتجدد فى قوله إن كان لى زوجة وإن كـان أبوك ميتًا ولا الذى جعل الألف فيـه معلوم الوجود ليكون الألف الثانى زيادة عليه، ويمكن الفرق بـين المسألة التى نص أحمد على إبطال التسمـية فيها وبين التى نص على الصحة فيها بأن الصفة التى جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه وهو كـون أبيها ميتًا بخلاف المسألتـين اللتين صحح التسمية فـيهما فإن خلو المرأة من ضرة تعيرها وتقـاسمها وتضيق عليها من أكبر أغراضـها وكذلك إقرارها فى دار لها بين أهلها وفى وطنها فلذلك خـففت صداقها لتـحصيل غرضها وثقلتـه عند فواته. فعلى هذا

إسحاق، وقد روى عن مسروق أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف؟ فجعلها فى الحج والمساكين، ثم قال للزوج: جَهِّز امرأتك، وروى نحو ذلك عن على بن الحسين، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعـمر بن عـبد العزيز والثـورى وأبو عبـيد: يكون كل ذلك للمـرأة، وقال الشافـعى: إذا فعل ذلك فلها مـهر المثل وتفـسد التسيـمة لأنه نقص من صداقـها لأجل هذا الشرط الفاسد، لأن المهر لا يجب إلا للزوجة لأنه عوض بضعـها فيبقى مجهولاً لأننا نحتاج أن نضم إلى المهر ما نقص منه لأجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد.

ولنا: قول الله تعالى فى قصة شعيب عليه السلام: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ (القصص: ٢٧) فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه، ولأن للوالد الأخذ من مال ولده بدليل قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[(٢٩)] وقوله: «إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم»[(٣٠)] أخرجه أبو داود ونحوه الترمذى، وقال حديث حسن، فإذا شرط لنفسه شيئًا من الصداق يكون ذلك أخذًا من مال ابنته وله ذلك.

وقولهم: إنه شرط فـاسد، ممنوع، قال القـاضى: ولو شرط جميع الصـداق لنفسه صح بدليل قصة شعـيب فإنه شرط الجميع لنفسه، وإذا تزوجهـا على ألف لها وألف لأبيها فطلقت

يمتنع قـياس إحـدى الصورتين على الأخـرى ولا يكون فى كل مسـألة إلا رواية واحدة وهى الصحـة فى المسألتين الآخـرتين والبطلان فى المسألة الأولـى وما جاء من المســائل ألحق ما أشبهها به.

22- مـسـألة: (وإذا قال العبد لسيدته: أعتـقينى على أن أتزوجك، فأعتقه على ذلك عتق ولم يلزمه شىء، وكذلك إن قالت لعبدها: أعتقتك على أن تتزوج بى، لم يلزمه ذلك يعتق ولم يلزمه قيمة نفسه).

لأنها اشـترطت عليـه شرطًا هو حق له فلم يلزمـه كمـا لو شرطت عليـه أن تهبـه دنانير فيقـبلها، ولأن النكاح من الرجل لا عوض له بخـلاف نكاح المرأة، وكذلك لو شرط الـسيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك.

23- مـسألة: (وإذا فرض الصداق مؤجلاً ولم يذكر محل الأجل صح ومحله الفرقة عند أصحابنا وعند أبى الخطاب لا يصح).

يجوز أن يكون الصـداق مؤجلاً ومـعجلاً وبعـضه معـجلاً وبعضـه مؤجلاً لأنه عـقد فى معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ومـتى أطلق اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن وإن شرطه

---

(٢٩) تقدم برقم (٣٥ مسألة رقم ٩٣٥).

(٣٠) أخـرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٥٣٠) والـنسائى فى «سننـه» (٧/ ٢٤١) وابن ماجـه فى «سننه» (٢/ ح٢٢٩٢) وأحـمد فى «مـسنده» (٦/ ٤١) والبـيهـقى فى «السنن الكبـرى» (٧/ ٣٨٠) وإسناده صَحيح.

قبل الدخـول رجع الزوج فى الألف الذى قبـضتـه ولم يكن على الأب شىء ممـا أخذ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق والألفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفيهما وهو ألف ولم يكن على الأب شىء لأنه أخـذ من مال ابنته ألفًـا فلا يجوز الرجـوع عليه به، وهذا فيما إذا كان قد أقبضها الألفين ولو طلقـها قبل قبضهما سقط عن الزوج ألف وبقى عليه ألف للزوجة يأخذ الأب منها ما شاء.

وقال القاضى: يكون بينهما نصفين، وقال: نقله مهنا عن أحمد لأنه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق إلا النصف، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب فإن للأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء، وإذا ملك أن يأخذ من غير شرط فكذلك إذا شرط.

فـصل: فإن شرط ذلك غير الأب من الأوليـاء كالجد والأخ والعم فالشرط باطل، نص عليه أحمـد، وجميع المسمى لهـا، ذكره أبو حفص، وهو قول من سمـينا فى أول المسألة، وقال الشـافعى: يجب مـهر المـثل، وهكذا ذكر القـاضى فى «المجرد» لأن الـشرط إذا بطل احتجـنا أن نرد إلى الصداق ما نقصت الزوجـة لأجله ولا يُعرف قدره فيـصير الكل مـجهولاً فيفسد، وإن أصـدقها ألفين على أن تعطى أخاها ألفًا فالصـداق صحيح لأنه شرط لا يزاد فى المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر فى المهر بخلاف التى قبلها.

ولنا: أن جميع ما اشترطه(٣١) عوض فى تزويجها فيكون صداقًا لها، كما لو جعله لها،

مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله وإن شرطه مؤجـلاً ولم يذكر أجله فقال القاضى: يصح ومحله الفرقـة عند أصحابنا، قال أحـمد: إذا زوج على العاجل والآجل لا يحل إلا بموت أو بـفرقة وهذا قول النخعى والـشعبى، وقال الحسن وحـماد بن أبى سليمان وأبو حنيـفة والثورى وأبو عبـيد: يبطل الآجل ويكون حالاً، وقـال إياس بن معاوية: لا تحل حـتى تطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج، وعن مكحول والأوزاعى يحل إلى سنة بعد الدخول بها واختار أبو الخطاب فساد المسـمى ولها مهر المثل، وهو قول الشافـعى ولأنه عوض مجهول المحل ففـسد كثمن المبيع، ووجه الأول أن المطلق يحمل على الفـرقة والعادة فى الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلومًا بذلك فأما إن جعل الأجل مدة معلومة كقدوم زيد ونحوه لم يصح للجهالة وإنما صح المطلق، لأن أجله الفرقة بحكم العادة وقد صرفه ههنا عن العادة بذكر الأجل ولـم يبينه فبقى مجـهولاً فيحتـمل أن تبطل التسمية ويـحتمل أن يبطل التأجيل ويحل.

فصل: قال ﷺ: **وإن أصدقها خمراً أو خنزيراً أو مالاً مغصوبًا صح النكاح ووجب مهر المـثل،** نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقـهاء منهم الثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وحكى عن أبى عبيد أن النكاح فاسد، اختـاره أبو بكر عبد العزيز وروى عن أحمد نحو

---

(٣١)فى نسخة: «اشترطته».

وإذا كان صداقًا انتفت الجهالة، وهكذا لو كان الأب هو المشترط لكان الجميع صداقًا وإنما هو أخذ من مال ابنته، لأن له ذلك، ويشترط أن لا يكون ذلك مجحفًا(٣٢) بمال ابنته، فإن كان مجحفًا بمالها لم يصح الشرط وكان الجميع لها، كما لو اشترطه سائر أوليائها، ذكره القاضي في «المجرد».

فصل: فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع في نصف ما أعطى الأب لأنه الذي فرضه لها فترجع في نصفه لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٣٧) ويحتمل أن يرجع عليها بقدر نصفه، ويكون ما أخذه الأب له لأننا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الأب منها فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها، وهكذا لو أصدقها ألفًا لها وألفًا لأبيها ثم ارتدت قبل الدخول، فهل يرجع في الألف الذي قبضه الأب عليه أو عليها؟ على وجهين.

١٢٠٣- **مسألة:** قال: (وإذا أصدقها عبدًا صغيرًا فكبر ثم طلقها قبل الدخول، فإن

ذلك فإنه قال في رواية المروذي: إذا تزوج على غير طيب فكرهه فقلت: ترى استقبال النكاح، فأعجبه، وحكى عن مالك أنه يثبت إذا دخل بها وإن كان قبله فسخ قالوا لأنه نكاح جعل الصداق فيه محرمًا فأشبه نكاح الشغار.

ولنا: أنه نكاح لو كان عوضه صحيحًا كان صحيحًا فوجب أن يصح وإن كان فاسدًا كما لو كان مجهولاً ولأنه عقد لا يبطل بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحًا فكذلك إذا فسد، وكلام أحمد في رواية المروذي محمول على الاستحباب فإن مسألة المروذي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه وما حكى عن مالك لا يصح وما كان فاسدًا قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم فأما إذا فسد الطلاق لجهالته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فالنكاح ثابت لا نعلم فيه اختلافًا.

فصل: ويجب مهر المثل في قول أكثر أهل العلم، منهم مالك والثوري، والشافعي وأبو ثور يبطلان التسمية ويرجع بالقيمة كلها في المسألتين كما في تفريق الصفقة قلنا لأن القيمة بدل إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مستحق في العقد فلا يجوز الرجوع إلى بدله، أما تفريق الصفقة فإنه إذا بطل العقد في الجميع صرنا إلى الثمن وليس هو بدلاً عن المبيع وإنما انفسخ العقد فرجع في رأس العقد وههنا لا ينفسخ العقد وإنما يرجع إلى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه فلا وجه لإيجاب قيمته أما إذا كان نصفه حرًا ففيه عيب فجاز رده بعيبه، وقال أبو حنيفة: إذا أصدقها عبدين فإذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقًا ولا شيء لها سواه.

---

(٣٢) مجحفًا: المجاحفة هو أخذ الشيء واجترافه.

شاءت دفعت إليه نصف قيمته يـوم وقع عليه العقد أو تدفع إليه نصفه زائدًا إلا أن يكون يصلح صغيرًا لما لا يصلح له كبيرًا فيكون له عليهـا نصف قيمته يوم وقع عليه العقد إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه).

فى هذه المسألة أحكام:

منهـــا: أن المرأة تملك الصـداق بالعقد، وهذا قول عـامة أهل العلم، إلا أنه حكى عن مالك أنها لا تملك إلا نصـفه، وروى عن أحمد ما يدل على ذلك، وقال ابن عـبد البر: هذا موضع اختلف فيـه السلف والآثار، وأما الفقهاء اليوم فـعلى أنها تملكه، وقول النبى ﷺ: «إن أعطيـتهـا إزارك، جلست ولا إزار لك»(٣٣) دليل على أن الصـداق كله للمرأة لا يبـقى للرجل منه شيء ولأنه عقد تملك به العوض بالعقد فملك فـيه العوض كاملاً كالبيع، وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد، ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه، وإن كانت قد ملكت نصفه، إذا ثبت هذا فإن نمـاءه وزيادته لها سواء قبضته أو لم تقبضــه متصلاً كان أو منفصلاً، وإن كان مالاً زكـاتيًا حال عليه الحول، فزكاته عليهـا، نص عليه أحمد، وإن نقص

ولنا: أنه أصدقها حرًا فلم تسقط تسميته إلى غير شيء كما لو كان منفردًا.

24- مسألة: (وإن وجدت به عيبًا فلها الخيار بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته).

وجمله ذلك أن الصداق إذا كان معينًا فوجدت به عيبًا فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم فى هذا خلافًا إذا كان العيب كثيرًا وإن كان يسيرًا فحكى عن أبى حنيفة أنه لا يرد به.

ولنا: أنه عيب يرد به المبيع فـرد به الصداق كالكثير إذا رد به فلها قيـمته ولا ينفسخ برده فيبـقى سبب استحقـاقه فتجب عليه قـيمته كمـا لو غصبها إيـاه فأتلفه فإن كان الصـداق مثليًا كالمكيل والموزون فـردته فلها عليه مثله، لأنه أقرب إليـه فإن اختارت إمساك المـعيب وأخذ أرشه فلها ذلك فى قـياس المذهب وإن حدث به عـيب عندها ثم وجدت به عيبًـا خيرت بين أخذ أرشه ورده ورد أرش عيـبه لأنه عوض فى عقد معـاوضة فيثبت فيه ذلك كـالبيع، وسائر فروع الرد بالعيب ثبتت ههنا مثل ما نثبت فى البيع والخلاف فيه كالبيع لما ذكرنا.

فـصل: فإن شرطت فى الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كـما ترد فى البـيع وهكذا إن دلسه تدليسًا يرد به المبيع كتحـمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتضمير المـاء على الرحا وأشباه ذلك فلها الرد به، وإن وجدت الشـاة مصراة فلها ردها وترد صاعًا من تمر قياسًا على البيع، ونقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هى تسعمائة: هى بالخيار إن شاءت أخـذت الدار وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما إذا أصدقها دارًا بعينها على أنهـا ألف ذراع فخرجت تسعمائة هذا كالعيب فى ثبوت

---

(٣٣) أخرجه البخارى فى «كتـاب النكاح» (٦/ ح٥١٣٥/ فتح) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٣٢٦) ومالك فى الموطأ (٢/ ٥٢٦/ ٨) وتقدم مستوفيًا فى المسألة رقم (٩١٢) برقم (٥٨).

بعد قبضهـا له أو تلف، فهو من ضمانها، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخـول كان ضمان الزكاة كلها عليها، وأما قـبل القبض فهو من ضمان الزوج، إن كان مكيلاً أو مـوزونًا، وأما غيرهما فإن منعهـا منه ولم يمكنها من قبضـه فهو من ضمـانه لأنه بمنزلة الغاصب، وإن لم يحل بينه وبينها فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه؟ علـى وجهين بناء على المبيع، وقد ذكرنا حكمه فـي بابـه، **الحكـم الثـاني**: أن الصداق يتنصف بالـطلاق قبل الدخول لقـوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٣٧) وليس فى هذا اخـتلاف بحـمد الله، وقيـاس المذهـب أن نصف الصداق يدخل فى ملك الزوج حكـمًا كالميـراث لا يفتقر إلى اختيـاره وإرادته، فما يحدث من النماء يكون بينهمـا، وهو قول زفر، وذكر القـاضى احتـمالاً آخـر: أنه لا يدخل فى ملكه حتى يخـتاره كـالشفيـع، وهو قول أبى حنيفة، وللشافعى قولان كالوجهين.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ أى لكم أو لهن، فاقتضى ذلك أن النصف لها، والنصف له بمـجرد الطلاق ولأن الطلاق سـبب يملك به بغـير عـوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث ولأنه سبب لنقل الملك فنقل الملك بمـجرده كالبيع وسائر الأسباب،

الرد لأنه شرط شرطًا مقصوداً فـبان بخلافه فأشبه ما لو شرط العبد كاتبًـا فبان بخلافه، وجوز أحمد الإمساك، لأن المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الإمساك أرشًا، لأن ذلك ليس بعيب، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة بعضها أو ردها وأخذ قيمتها.

فصل: قال الشيخ ﷺ: (**وإن تزوجها على ألف لها وألف لأبيها صح**).

وجـملة ذلك أنه يجوز لأبى المرأة أن يشترط شيئًا من صداقها لنفسه وبهذا قال إسحاق، وقد روى عن مسروق أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف فجعلها فى الحج والمساكين ثم قال لـلزوج: جهز امـرأتك، وروى ذلك على بن الحسـين، وقال عطاء وطاوس وعـكرمة وعمر بن عبد العزيز والثورى وأبو عبيد: يكون ذلك كله للمرأة.

وقال الشافعى: إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد، لأن المـهر لا يجب إلا للزوجة لكونه عوض بضعها فيـبقى مجهولاً لأننا نحتاج أن نضم إلى المهر ما نقص منه لأجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد.

ولنا: قول الله تعالى فى قصة شعيب عليه السلام: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ (القصص: ٢٧) فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه، ولأن للوالد الأخذ من مال ولده بدليل قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[5] وقوله: «إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم»[6] أخرجه أبو داود، وأخرج نحوه الترمذى

---

(5) تقدم برقم (٣١ مسألة ١٢٠٢) مغنى.

(6) أخرجه أبو داود (٣٥٣٠) والنسائى (٧/ ٢٤١) وابن ماجه (٢٢٩٢) وإسناده صحيح.

ولا تلزم الشفعة، فإن سبب الملك فيهـا الأخذ بها، ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادته واختياره، وقبل الأخذ مـا وُجد السبب وإنما استحق بمباشرة سبب الـملك ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره، كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره، فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبـوت الملك للمطلق، فإن ثبوت الملك حكم لهما وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اخـتيار أحد، ولا إرادته، فإن نقص الصداق فى يد المرأة بعد الطلاق، فإن كان قد طالبها به فمنعته فعليـها الضمان لأنها غاضبة، وإن تلف قبل مطالبته فقياس المذهب أنه لا ضـمان عليها، لأنه حصل فى يدها بغير فعلها ولا عـدوان من جهتها، فلم تضمنه كالوديعة وإن اختلفا فى مطالبته لها فالقول قولها لأنها منكرة، وإن ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق، وقـالت: بعده، فالقول أيضًا قولها لأنه يـدعى ما يوجب الضمان عليها وهى تنكره، والقول قول المنكر، وظاهر قول أصحاب الشافعى: أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص فى يدها بعد الطلاق لأنـه حصل فى يدها بحكم قطع العقد، فأشبـه المبيع إذا ارتفع العقد بالفسخ.

ولنا: ما ذكرناه، وأما المبيع فيحتمل أن يمنع، وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من المشتـرى فقد حصل منه التسـبب إلى جعل ملك غيره فى يده، وفى مسـألتنا ليس من المرأة فعل، وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده، فأشبه ما لو ألقى ثوبه فى دارها بغير أمرها.

فـصل: ولو خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها فى عدتـها وطلقها قبل دخوله بها، فلها فى النكاح الثانى نصـف الصداق أو المسمى فـيه، وبهذا قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة: لها جميعه لأن حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه.

ولنا: قول الله سبحانه: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ (البقرة: ٢٣٧) ولأنه طلاق من نكاح لم يمسها فيه، فوجب أن يتنصف به المهر،

وقال: هذا حديث حسن، فإذا شرط لنفسه شيئًا من الصداق يكون ذلك أخذًا من مال ابنته وله ذلك.

قولهم: هو شـرط فاسد، ممـنوع، قال القاضى: ولو شرط جـميع الصداق لنفـسه صح بدليل قصة شعيب عليه السلام فإنه شرط الجميع لنفسه.

25- مـسـألة: (فإن طلقهـا قبل الدخول رجع عليها بالألف الذى قبـضته ولم يكن على الأب شىء مما أخذ).

لأن الطلاق قبل الدخـول يوجب تنصيف الصداق والألفـان جميع صـداقها فرجع عليـها بنصفها وهو ألف ولم يكن على الأب شىء لأنه أخذ من مال ابنته ألفًا فلا يجوز الرجوع عليه به وهذا فيما إذا كان قـبضها الألفين، فإن طلقها قبل قبـضها سقط عن الزوج ألف وبقى عليه ألف للزوجة يأخذ الأب منها مـا شاء، وقال القاضى: يكون بينهما نصـفين، وقال: نقله مهنا

كما لو تزوجها بعد العدة، وما ذكـره غير صحيح فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده ولا يقوم مقامه، فأما إن كـان لم يدخل بها فى النكاح الأول أيضًا فعليه نصف الصداق الأول ونصف الصداق الثانى بغير خلاف.

الحكم الـثـالـث: أن الصداق إذا زاد بعد العـقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متـميزة كعبد يكبر أو يتعلـم صناعة أو يسمن، أو متميزة كالولد والكسب والثمرة، فـإن كانت متميزة أخذت الزيادة ورجع بنصف الأصل، وإن كـانت غير متميـزة، فالخيرة إليهـا إن شاءت دفعت إليه نصف قـيمته يوم العـقد، لأن الزيادة لها لا يلزمـها بذلها ولا يمكنهـا دفع الأصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة، وإن شاءت دفعت إليه نصفًـا زائدًا فيلزمه قبوله لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز، فـإن كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجـوع إلا فى نصف القيمة، لأن الزيادة لها، ولا يجوز لها ولا لوليها التـبرع بشىء لا يجب عليها، وإن نقص الصداق بعد العقد فهـو من ضمانها، ولا يخلو أيضًا من أن يكون النقص متـميزاً أو غير متمـيز، فإن كان متمـيزًا كعبـدين تلف أحدهما، فإنه يرجع بنصف البـاقى ونصف قيمة التـالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمـثال، وإن لم يكن متمـيزاً كعبد كـان شابّا فصار شيـخًا فنقصت قيمـته أو نسى ما كان يحسن من صنـاعة أو كتابة أو هزل، فالخـيار إلى الزوج، إن شاء رجع

عن أحمـد لأنه شرط لنفسـه النصف ولم يحصل من الصداق إلا الـنصف، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب فـإن للأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء وإذا ملك الأخـذ من غير شرط فكذلك إذا شرط.

فصل: فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع فى نصف مـا أعطى الأب لأنه الذى فرضه لها فيـرجع فى نصفه لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ويحتمل أن يرجع عليها بنصفه ويكون ما أخذه الأب له لأننا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الأب منهـا فتصير كأنـها قبضته ثم أخـذه منها، وهكذا لو أصدقها ألفًـا لها وألفًا لأبيهـا ثم ارتدت قبل الدخول فـهل يرجع فى الألف الذى قبـضه الأب عليه أو عليـها؟ على وجهين.

26- **مسألة**: (وإن فعل ذلك غير الأب فالكل لها دونه).

إذا شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والأخ فـالشرط باطل نص عليه أحمد وجميع المسمى لها ذكره أبو حفص وهو قول من سمـينا فى أول المسألة، وقال الشافعى: يجب مهر المثل، وهكذا ذكـر القاضى فى المجرد، لأن الـشرط إذا بطل احتجنا أن نرد إلى الصـداق ما نقصت الزوجة لأجله ولا نعرف قدره فيصير الكل مجـهولاً فيفسد وإن أصدقها ألفين على أن تعطى أخاها ألفًـا فالصداق صحـيح لأنه شرط لا يزاد فى المهـر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر فى المهر بخلاف التى قبلها.

بنصف قيمته وقت ما أصدقها، لأن ضمـان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه، وإن شاء رجع بنصفه ناقصًا فتجبر المرأة على ذلك لأنه رضى أن يأخذ حقه ناقصًا، وإن اختار أن يأخذ أرش النقـص مع هذا لم يكن له، هذا فى ظاهر كلام الخـرقى وقول أكثـر الفقـهاء، وقال القاضى: القياس أن له ذلك، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش وبما ذكرناه كله، قاله أبو حنيفة والشافعى، وقال محمد بن الحسن: الزيادة غيـر المتميزة تابعة للعين فله الرجوع فيها، لأنها تتبع فى الفسوخ فأشبهت زيادة السوق.

ولنا: أنها زيادة حـدثت فى ملكها، فلم تنصف بالـطلاق كالمتـميزة، وأمـا زيادة السوق فليسـت ملكه، وفارق نمـاء المبيع لأن سـبب الفسخ العـيب وهو سابق على الـزيادة وسبب تنصيف المـهر الطلاق وهو حادث بعدهـا، ولأن الزوج يثبت حقه فى نصف المـفروض دون العين، ولهـذا لو وجدها ناقصـة كان له الرجـوع إلى نصف مثلها أو قـيمتـها بخلاف المـبيع المعيب، والمفروض لم يكن سـمينًا فلم يكن له أخذه، والمبيع تعلق حقه بعـينه فتبعه ثمنه، فأمـا إن نقص الصداق من وجـه وزاد من وجه، مثـل أن يتعلم صنعة ويـنسى أخرى أو هزل وتعلم، ثبت الخيار لكل واحـد منهما، وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القـيمة، فإن اتفقا على نصف العين جاز، وإن امتنعت الـمرأة من بذل نصفها فلها ذلك لأجل الزيادة، وإن امتنع هو من الرجوع فـى نصفها فله ذلك لأجل النقص، وإذا امتنـع أحدهما رجع فى نصف قيمتها.

ولنا: أن ما اشـترطه عوض فى تزويجـها فيكون صـداقًا لها كـما لو جعله لهـا وإذا كان صداقًا انتفت الجهالة وهكذا لو كان الأب هو المشترط لكان الجميع صداقًا وإنما هو أخذ من مال ابنته، لأن له ذلك ويشترط أن لا يكون مجحفًا بمال ابنته فإن كان مجحفًا بمالها لم يصح الشرط وكان الجميع لها كما لو اشترطه سائر الأولياء، ذكره القاضى فى المجرد.

27- **مسألة:** (وللأب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلها وإن كرهت).

وجـملة ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها بكرًا كانت أو ثـيبًا صغيرة أو كبيرة وبه قال أبو حنيـفة ومالك، وقال الشافـعى: ليس له ذلك فإن فعل فلهـا مهر مثلهـا لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعرض كالبيع ولأنه تفريط فى مالها وليس له ذلك.

ولنا: أن عمر ﷺ خطب الناس فقال: ألا لا تغالوا فى صـداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدًا من نسـائه ولا أحدًا من بناته أكثـر من اثنتى عشرة أوقـية(*)، وكـــان ذلك بمحـضر من الصحـابة ولم ينكروه فكان اتفاقًا منهـم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المـثل، وزوج سعيد بن المـسيب ابنته بدرهمـين وهو من أشرف قريش شرفًـا وعلمًا ودينًا، ومن المعلـوم أنه لم يكن مهر مـثلها، ولأنه ليس المقـصود من النكاح العـوض وإنما

(*) تقدم فى المغنى برقم (١٨ مسألة ١١٩٧).

فــصل: فإن كانت العين تـالفة وهى من ذوات الأمثال رجع فى نصف مثلها وإلا رجع فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض، أو إلى حين التمكين منه على ما ذكرنـا من الاختلاف، لأن العين إن زادت فـالزيادة لها تختص بها، وإن نقـصت قبل ذلك فالنقص من ضـمانه، وإن طلقها قبل قـبض الصداق وقبل الدخول، وقـد زادت زيادة منفصلة فهى لها تنفرد بهـا، وتأخذ نصف الأصل، وإن كانت الزيادة متصلة فلهـا الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف، وبين أن تأخـذ الكل وتدفع إليها قيمة النصف غـير زائد، وإن كان ناقصًا فلها الخيار بين أخذه ناقصًا وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص.

فــصل: إذا أصدقها نخلاً حائلاً فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها وقت ما أصدقـها وليس له الرجوع فى نصفها لأنها زائدة زيادة مـتصلة فأشبهت الجارية إذا سمنت، وسواء كان الطلع مؤبرًا أو غير مـؤبر لأنه متصل بالأصل ولا يجب فصله عنه فى هذه الحال، فأشبـه السمن وتعلم الصناعة، فـإن بذلت له المرأة الرجوع فيـها مع مطلعها أجـبر على ذلك لأنها زيادة متصلة ولا يجب فصلهـا، وإن قال: اقطعى ثمرتك حتى أرجع فى نصف الأصل، لم يلزمها لأن عُرْف هذه الثمرة أنهـا لا تؤخذ إلا بالجذاذ بدليل البيع، ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة فلم يعـد إلى العين إلا برضاها، فإن قالت المرأة: اترك الرجـوع حتى أجذ ثمرتى وترجع فى نصف الأصل أو أرجع فى الأصل وأمـهلنى حتى أقطع الثمـرة، أو قال الزوج: أنا أصبر حـتى إذا جذذت ثمرتك رجعت فى الأصل، أو قال: أنا أرجع فى الأصل وأصـبر حتى تجذى ثمرتك، لم يلزم واحدًا منهما قبول قول الآخر لأن الحق انتقل إلى القيمة فلم يعد إلى

المقصود السكن والأزواج ووضع المرأة فى منصب عند من يكفلها ويصونها ويحسن عشرتها، والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصهـا من صداقها إلا لتحصيل المعانى المقصودة بالنكاح فلا ينبغى أن يمنع من تحصيل المقـصود بتفويت غيره، ويفارق سائر عقود المعاوضات فإن المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته.

28- **مـسألة:** (وإن فعل ذلك غيره بإذنها صح)

ولم يكن لغيره الاعتراض إذا كانت رشيدة، لأن الحق لهـا وقد أسقطته فأشبه ما لو أذنت فى بيع سلعة لهـا بدون ثمن مثلها، وإن فعله بغـير إذنها وجب مهر المـثل لأنه قيمة بضـعها وليس للولى نقصها منه فوجب مهر المثل والنكاح صحيح، لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر فى النكاح.

فــصل: وتمام المـهر **على الزوج** لأن التسمية فاسدة ههنا بكونها غير مأذون فيها شرعًا فوجب على الزوج مهـر المثل كما لو زوجهـا لمحرم وعلى الولى ضمـانه لأنه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله، قال أحمد: أخاف أن يكون ضامنًا وليس الأب مثل الولى، ويحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى والباقى على الولى كالوكيل فى البيع.

العين إلا برضاهما، ويـحتمل أن يلزمها قبول مـا عرض عليها لأن الضرر عليه، فـأشبه ما لو بذلت له نصفها مع طلعـها وكما لو وجد العين ناقصة فـرضى بها، وإن تراضيا على شىء من ذلك جاز، والحكم فى سائر الشجر كالحكم فى النخل وإخراج النَّوْر فى الشجر بمنزلة الطلع الذى لم يؤبر، وإن كانـت أرضًا فحـرثها(٣٤) فتلك زيادة مـحضة إن بذلتها له بزيـادتها لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها، وإن لم تبذلها دفعت نصف قـيمتها وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا أطلع إلا فى مـوضع واحـد وهو أنهـا إذا بذلت نصـف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الثمرة لا ينقص بها الشجر والأرض تنقص بالزرع وتضعف.

والثـــانى: أن الثمرة متولدة من النخل فهى تـابعة له والزرع ملكها أودعته فى الأرض فلا يجبر على قبوله، وقـال القاضى: يجبر على قبوله كالطلع سواء وقد ذكـرنا ما يقتضى الفرق، ومسائل الغراس كـمسائل الزرع، فإن طلقها بعد الـحصاد ولم تكن الأرض زادت ولا نقصت رجع فى نصفها، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع فى نصف قـيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هى ببذلها زائدة.

فـصل: **وإذا أصدقها خشبًا فشقته أبوابًا فزادت قيمته لم يكن له الرجوع فى نصفه لزيادته** ولا يلزمه قبول نصفـه لأنه نقص من وجه فإنه لم يبق مستعدًا لما كـان يصلح له من التسقيف وغيره، وإن أصدقها ذهبًـا أو فضة فصاغته حليًا فزادت قيمتـه فلها منعه من نصفه، وإن بذلت له النصف لزمه القبـول لأن الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخـرج عن كونه مستعـدًا لما كان يصلح له قبل صيـاغته، وإن أصدقها دنانيـر أو دراهم أو حليًا فكسرته ثم صاغته علـى غير ما

29- مـسألة: **(وإن زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن).**

وفيـه اختلاف ذكرناه فـيما مضى، لأن العـوض له فكان المعوض عليـه كالكبير وكـثمن المبيع.

30- مـسألة: **(فإن كان معسرًا فهل يضمنه الأب؟ يحتمل وجهين).**

ذكر شيخنا فى كتاب المـغنى فيه روايتين مطلقًا: إحـداهـما: يضمنه، نص عليـه أحمد فقال: تزويج الأب لابنه الطفل جائز ويضمن الأب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان والأخرى لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيـعه وكالوكيل، قال القاضى: وهذا أصح، قـال القاضى: إنما الروايتان فيـما إذا كان الابن معسرًا، أما الموسر فلا يضمنه الأب رواية واحدة، فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع فى الهبة لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فـأشبه ما لو وهبه الأب أجنبيًا ثم وهبه الأجنبى للابن، ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن أبيه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن

---

(٣٤) وفى نسخة: فحرثتها.

كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأنه نقص فى يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التى أحدثتها فيه، وإن عادت الدنانير والدراهم إلى ما كانت عليه فله الرجوع فى نصفها وليس له طلب قيمتها لأنها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه ما لو أصدقها عبداً فمرض ثم برئ، وإن صاغت الحلى على ما كان عليه ففيه وجهان:

أحدهما: له الرجوع كالدراهم إذا أعيدت، والثانى: ليس له الرجوع فى نصفه لأنها جددت فيه صناعة، فأشبه ما لو صاغته على صفة أخرى، ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت إلى حالتها الأولى فهل يرجع فى نصفها؟ على وجهين.

فصل: وحكم الصداق حكم البيع فى أن ما كان مكيلاً أو موزونًا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه، وما عداه لا يحتاج إلى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه، وقال القاضى وأصحابه: ما كان متعينًا فلها التصرف فيه وما لم يكن متعينًا كالقفيز من صبرة والرطل من زيت من دن لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع، وقد ذكرنا فى المبيع رواية أخرى: أنها لا تملك التصرف فى شىء منه قبل قبضه، وهذا مذهب الشافعى وهذا أصل ذكر فى البيع، وذكر القاضى فى موضع آخر أن ما لم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه لأنه بذل لا ينفسخ السبب الذى ملك به بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث، وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف فيه، وقياس المذهب أن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج، وإن منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من

وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول فالحكم فى الرجوع فى جميعه كالحكم فى الرجوع فى نصفه بالطلاق.

31- **مسألة:** (وللأب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها).

لأنه يلى مالها فكان له قبضه كثمن مبيعها، ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها إذا كانت رشيدة لأنها المتصرفة فى مالها فاعتبر إذنها فى قبضه كثمن مبيعها، وفى البكر البالغة العاقلة روايتان: أصحهما: أنه لا يقبضه إلا بإذنها إذا كانت رشيدة كالثيب، والثانية: له قبضه بغير إذنها لأنه العادة ولأنه يملك إجبارها على النكاح أشبهت الصغيرة وهو قول أبى حنيفة.

فصل: قال الشيخ ﷺ: وإن تزوج العبد بإذن سيده على صداق مسمى صح بغير خلاف نعلمه والمهر على سيده وكذلك النفقة ضمنها أو لم يضمنها وسواء كان مأذونًا له فى التجارة أو محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فإنه قال: نفقته من ضريبته، وقال: إن كانت نفقته بقدر ضريبته أنفق عليها ولا يعطى الولى وإن لم يكن عنده ما ينفق فرق بينهما وهذا قول الشافعى لأنه لا يخلو إما أن يتعلق برقبة العبد أو بذمته أو كسبه أو ذمة السيد لا جائزاً أن يتعلق بذمة العبد يتبع به بعد العتق لأنه يستحق العوض فى الحال

ضمانه على كل حال لأن يده عادية فضمنه كالغاصب وقد نقل مهنا عن أحمد فى رجل تزوج امرأة على هذا الغلام ففقئت عـينه فقال إن كانت قبضته فهو لها وإن لم تكن قـبضته فهو على الزوج فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال، وهو مذهب الشافعى، وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله إن كان مثليًا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى القديم، وقال فى الجديد: يرجع إلى مهر المثل لأن تلف العوض يـوجب الرجوع فى المعوض فإذا تعـذر رده رجع إلى قيمته كـالمبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع إليه.

ولنا: أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بذلهـا كالمغـصوب والقـرض والعارية وفـارق المبـيع إذا تلف فإن البـيع انفسـخ وزال سبب الاستحقاق، إذا ثبت هذا فإن التالف فى يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضًا منها ويسقط عن الزوج ضمانه، والثانى: تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حـال، ويضمنه لها مما ذكرناه، والثـالث: أتلفـه أجنبى فلها الخـيار بين الرجوع علـى الأجنبى بضمانه وبين الرجـوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف، والرابع: تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرناه من التفصيل فى صدر المسألة.

فصل: إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت فى الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسـام: أحدها: ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهـبة والعتق، فهذا يمنع الرجوع وله

معجلاً فلا يجوز تأخير العوض ولا جائزًا أن يتـعلق برقبته لأنه وجب برضاء سيده أشبه ما لو افترض برضـائه ولا جائزًا أن يتعلق بذمة السيد لأنه إنـما يتعلق بذمته ما ضـمنه عن عبده ولم يضمن عنه المهر والنفـقة تثبت تعلقه بكسبه ضرورة، وفائدة الخـلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهمـا عليه وإن لم يكن للعبد كسب وليس للسيد الفسخ لعدم كـسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه الاكتساب، ومن علقه بكسبه فللمرأة الفسخ إذا لم يكن له كسب وليس لسيده منعه من التكسب.

ولنا: أنه حق تعلق بالعقد برضاء سـيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فـيه كما لو أرهنه بدين، فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببـيعه وعـتقه كـأرش جنايته فأمـا النفقة فـإنها تجدد فـتكون فى الزمن المستـقبل على المشترى وعلى العبد إذا عتق.

32- مسألة: (وإن تزوج بغير إذن سيده لم يصح النكاح) .

أجمع العلماء على أن العبد ليس له أن ينكح بغيـر إذن السيد فإن فعل لم ينفذ نكاحه فى قول الجميع، قال ابن المنذر[7] : أجمعوا على أن نكاحه باطل، قال شيخنا: الصواب ما قلنا

---

(7) انظر الإجماع لابن المنذر (٨٣/ ٣٨٣).

نصف القيمة لزوال ملكها وانـقطاع تصرفها فإن عادت العين إليها قـبل طلاقها ثم طلقها وهى فى يدها بحالها فله الرجوع فى نصفها، لأنه وجدها بعـينها، فأشبه ما لو لم يخرجها ولا يلزم الوالد إذا وهب لولده شيئًا فخرج عن ملكه ثم عـاد إليه حيث لا يملك الرجوع فيه لأننا نمنع ذلك، وإن سلمناه فإن حق الوالد سـقط بخروجه عن يد الولد بـكل حال بدليل أنه لا يطالب ببذله والزوج لم يسقط حقـه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمـه فإذا وجد كان الرجوع فى عينه أولى، وفى معـنى هذه التصرفات الرهن فإنه وإن لم يزل الملك عـن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ولذلك لا يجوز رهن ما لا يجـوز بيعه ففى الرجوع فى العين إبطال لحق المرتهن من الوثيـقة فلم يجز وكذلك الكتابـة فإنها تراد للعتق المزيل لـلملك وهى عقد لازم فجرت مجـرى الرهن، فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن أو فى مـدة الخيار فى البيع ففيه وجهان:

أحـــدهمـــا: لا تجبـر على رد نصفه إليه، لأنه عـقد عقدته فى ملـكها فلم تملك إبطاله كاللازم ولأن ملكها قد زال فلم تملك الرجوع فـيما ليس بمملوك لها، **والثـانى**: تجبـر على تسليم نصفه لأنها قـادرة على ذلك ولا زيادة فيها، وللشافعى قولان كهـذين الوجهين، أما إن طلقها بعـد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البـيع فلم يأخذ قيمة النصف حـتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع فى نصفهـا لأن حقه يثبت فى القيمة، **الثانى**: تصرف غـير لازم لا ينقل الملك كالوصية والـشركة والمضاربة فهذا لا يبطل حق الرجـوع فى نصفه ويكون وجود هذا التصرف كعدمه لأنه تصرف لمَ ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالإيداع والعـارية، فأما إن دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع، لأنه وصيـة أو تعليق نصفه وكلاهما لا يمنع الرجـوع، ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع

إن شاء الله تعالى فإنهم اختلفوا فى صحته، فعن أحمد فى ذلك روايتان: **أظهرهما**: أنه باطل وهو قول عثـمان وابن عمر ﷺ وبه قال شـريح وهو قول الشافعى، وعن أحمـد أنه موقوف على إجازة السـيد فإن أجـازه وإلا بطل وهو قول أصحـاب الرأى لأنه عقد يـقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية.

ولنا: ما روى جابر قـال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عـبد تزوج بغير إذن مواليـه فهو عـاهر» (8) رواه الأثرم والترمذى وقال الحـسن وأبو داود وابن ماجه وروى الخلال بإسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قـال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان» (9) قال أحمد: ذكرت هذا الحديث لأبى عبد الله فقال: هذا حديث منكر رواه

---

(8) أخرجه الترمذى (٣/ ح١١١١، ١١١٢) وابن مـاجه (١/ ١٩٥٩) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٧٧) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٧٨) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٢٧) وإسناده حسن.

(9) أخرجـه ابن ماجـه (١/ ح١٩٦٠) وفى الزوائد: فى إسناده من قال وهو ضـعيف، قلت: ويشـهد له الحديث الذى قبله فهو حسن لغيره.

الرجوع كالوصيـة ولا يجبر الزوج على الرجوع فى نصفه بل يخـير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته، لأن شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفى فيحكم بعتقه، وإن كانت أمة فدبرتها خرج على الروايتين إن قلنا تـباع فى الدين فهى كالعبد، وإن قلنا لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع فى نـصفها، وإن كاتبت الأمة أو العبـد لم يجبر الزوج على الرجوع فى العبد لأنه نقص، وإن اخـتار الرجوع وقلنا الكتابة تمنع البـيع منعت الرجوع، وإن قلنا لا تمنع البيع احتمل أن لا تمـنع الرجوع كالتدبير، واحتمل أن تمنعـه لأن الكتابة عقد لازم يراد لإزالة الملك فمنعت الرجـوع كالرهن، **الثـالث:** تصرف لازم لا يراد لإزالة الملك كـالإجارة والتزويج فهذا نقص فيتخير بين أن يرجع فى نصفه ناقصًا لأنه رضى بحقه ناقصًا وبين الرجوع فى نصف قيمته فإن رجع فى نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الإجارة، **فإن قيل:** فقد قتلم فى الطلع الحادث فى النخل ـ إذا قال: أنا أصبر حـتى تنتهى الثمرة ـ لم يكن له ذلك؟ **قلـنا:** الفرق بينهما أن فى تلك المسألة تكون المنة له فلا يلزمها قبول منته بخلاف مسألتنا ولأن ذلك يؤدى إلى التنازع فى سـقى الثمـرة ووقت جذاذها وقطعـها لخـوف العطش أو غيـره بخلاف مسألتنا.

أبو داود وابن ماجـه عن ابن عمر مـوقوفًا من قـوله ولأنه عقد فـقد شرطه فلم يصح كـما لو تزوجها بغير شهود.

33- مسألة: (فإن فارقها قبل الدخول فلا شيء عليه).

لأنه عقد باطل فـلا يوجب بمجرده شيئًـا كالبيع الباطل وهكذا سائر الأنكحـه الفاسدة لا توجب بمجردها شيئًا فإن أصابها وجب لهـا المهر فى الصحيح من المذهب، رواه عن أحمد جماعـة، وروى عنه حنبل: أنه لا مهر لها إذا تزوج العـبد بغير إذن سيـده وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقًا لرواية الجمـاعة ويمكن حمله على عمومه فى عدم الصداق وهو قول ابن عـمر، ورواه الأثرم عن نافع قال: كـان إذا تزوج مملوك لابن عمـر جلده الحد وقال للمـرأة: إنك أبحت فرجك، وأبطل صداقـها، ووجهـه أنه وطئ امرأة مطاوعة فى غـير نكاح صحـيح فلم يجب به مهـر كالمطاوعـة على الزنا، قال القـاضى: هذا إذا كانا عـالمين بالتحريم فأمـا إن جهلت المرأة ذلك فلها المهر لأنه لا ينقص عن وطء الشـبهة ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها فى الحال بل يجب فى ذمة العبد يتعلق به بعد العتق وهو قول الشافعى الجـديد، لأن هذا حق لزم رضاء من له حق فكان محله الذمة كـالدين والصحيح أن المهر واجب لقوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن أصابها فلها المهـر بما استحل من فرجـها» وهذا قد استحل فرجـها فيكون مهرها عليـه لأنه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجبًا كسائر الأنكحة الفاسدة.

فـصل: ويتعلق المهر برقبته يباع فيه إلاَّ أن يفديه السيد ويحتمل أن يتعلق بذمة العبد وقد ذكرناه

فـصل: فإن أصدقها شقصًا فهل للشفيع أخذه؟ على وجهين، فإن قلنا له أخذ فأخذه ثم طلق الزوج رجع فى نصف قيـمته، لأنه قـد زال ملكها عنه، وإن طلقهـا قبل أخذه بالشفـعة وطالب الشفيع ففـيه وجهان: أحدهـما: يقدم الشفيع لأن حـقه أسبق فإنه ثبت بالنكاح وحق الزوج ثبت بالطلاق، ولأن الزوج يرجع إلى بدله وهو نصف القيمة وحق الشفيع إذا بطل بطل بغيـر بدل، والثـانى: يقدم الزوج لأن حقه آكد فإنه ثبت بنص القـرآن والإجماع وحق الشفعة مجتهد فيه غير مجمع عليـه، فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقى بنصف ما كان يأخذ به الجميع.

وهذا أظهر، لأنه الوطء أجرى مجـرى الجناية الموجبة للضمان بغـير إذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفى سائر الأنكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شىء، لأنه برضى المستحق.

فـصل: والواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكمـاله كالنكاح بلا ولى وسائر الأنكحـة الفاسدة وعنه يجب خمـسا المسمى اخـتارها الخرقى وعنه رواية ثالثة أنها إن علمـت أنه عبد فلها خمسا المهـر وإن لم تعلم فلها المهر فى رقبة العبـد ووجه قول الخرقى ما روى الإمام أحمد بإسناده عن خـلاس أن غلامًا لأبى موسى تزوج بمولاة تيـحان التيـمى بغير إذن مـولاه فكتب أبو موسى فى ذلك إلى عـثمان بن عـفان فكتب إليه أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها وكان صداقها خمسة أبعرة ولأن المهر أحد موجبى الوطء فجاز أن ينقص العبد فيـه عن الحر كالحد والواجب خمسا المسمى، لأنه صار فيه إلى قصة عثمان وظاهرها أنه أوجب خمسى المـسمى ولهذا قال: كان صداقها خمسة أبعرة وأنه لو اعـتبر مهر المـثل أوجب جميعـه كسائر قيم المـتلفات وإلا وجبت القـيمة وهى الأثمان دون الأبعرة ويحتمل أن يجب خمســا مهر المثل، لأنه عوض عن جناية فكان المرجع فيه إلى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل.

فـصل: فإن كان الواجب زائدًا على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العـبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شىء فإذا أعطى القيمـة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيـمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك، لأنه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة فى تسليم العبد وفدائه إلى السيد وقد ذكرنا ذلك فى غير هذا الموضع.

فـصل: وإن أذن السيد لعبده فى التزويج بمعينة أو من بلد معين أو من جنس معين فنكح غـير ذلك فنكاحـه فاسـد والحكم فيه كـما ذكرنا وإن أذن له فى تزويج صحـيح فنكح نكاحًا فاسدًا فكذلك، لأنه غير مأذون له فيه وإن أذن له فى النكاح وأطلق فنكح نكاحًا فاسدًا احتمل أن يكون كذلك، لأن الإذن فى النكاح لا يـتناول الفاسد واحتـمل أن يتناوله إذنه، لأن اللفظ

١٢٠٤ - **مسألة:** قال: **(وإذا اختلفا فى الصداق بعد العقد فى قدره ولا بينة على مبلغه، فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها)**.

وجـــملة ذلك: أن الزوجين إذا اختلفا فى قدر المهـر ولا بينة على مبلغه فالقول قول من يدعى مهر المثل منهـما، فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فـالقول قولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثـر فالقول قوله، وبهذا قال أبو حنيفة، وعن الحـسن والنخعى وحماد بن أبى سليمان وأبى عبيد نحوه، وعن أحـمد رواية أخرى أن القول قول الزوج بكل حال، وهذا قول الشعبى وابن أبى ليلى وابن شبرمـة وأبى ثور وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعى مستنكرًا وهو أن يدعى مهرًا لا يتزوج بمثله فى العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل تحت قوله ﷺ :

بإطلاقه يتناوله وإن أذن له فى نكاح فاسد وحصلت الإصابة فالمهر على سيده، لأنه بإذنه والله أعلم.

34- **مسألة: (وإن زوج السيد عبده أمته لم يجب مهر ذكره أبو بكر والقاضى)**.

لا يجب للسـيد على عـبـده مال وقـيل يجب الصداق على الـسيـد ثم يسقط، قـاله أبو الخطاب قال: يجب المسـمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى كيـلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر إثباته، وقال أبو عبد الله: إذا زوج عـبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود، قيل: فإن طلقها؟ قال: يكون الصداق عليه إذا أعتق، قيل: فإن زوجها منه بغير مهر؟ قال: قد اختلفوا فيه فذهب جابر إلى أنه جائز، لأن النكاح لا يخلو من مهر ولا يثبت للسيد على عبده مال فسقط.

35- **مسألة: (وإن زوج عبده حرة ثم باعها إياه بثمن فى الذمـة تحول صداقها أو نصفه إن كان قبل الدخول إلى ثمنه)**.

إذا اشتـرت الحرة زوجـها أو ملكـته انفسـخ النكاح، لأن ملك النكاح واليمـين يتنافـيان لاستحالة كـون الشخص مالكًا لمالكه، ولأن المرأة تقول: أنفق عـلى لأنى امرأتك وأنا أسافر بك لأنك عبدى، ويقول هو: أنفقى علىَّ لأنى عبدك وأنا أسافر بك لأنك امرأتى، فيتنافا ذلك فثبت أقواهمـا وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لأنه أضعـفهما ولها على سيـده المهر إن كان بعد الدخـول وعليها الثـمن فإن كانا دينين مـن جنس تقاصا وتسـاقطا إن كانا متـساويين وإن تفاضلا سـقط الأقل منهما بمثله، وبقى الفـاضل وإن اختلف جنسهما لم يـتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يسقط مهرها، لأنه دين فى ذمة العبد فإذا مـلكته لم يجز أن يثبت لها دين فى ذمة عبدها كـما لو أتلف لها مالاً وهذا بناء منهم على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد فى إسقاطه، وذكر القاضى وجهًا أنه يسقط لأن ثبوت الدين فى ذمة السيد تبع لثبوت فى ذمة العبد فإذا سقط من ذمة العـبد سقط من ذمة السيد تبعًا كـالدين الذى على الضامن إذا سقط من ذمة

«ولكن اليمين على المدعى عليه»[٣٥] وقال الشافعى: يتحالفان فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل، وبه قال الثورى لأنهما اختلفا فى العوض المستحق فى العقد ولا بينة فيتحالفان قياسًا على المتبايعين إذا اختلفا فى الثمن، وقال مالك: إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح، وإن كان بعده فالقول قول الزوج، وبناه على أصله فى البيع فإنه يفرق فى التحالف بين ما قبل القبض وبعده ولأنها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته.

المضمون عنه ولا يعرف هذا فى المذهب ولأنه ثبت فى الذمتين جميعًا إحداهما تبع لأخرى بل المذهب أنه لا يسقط بعد الدخول بحال فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل الدخول بها وفى سقوط باقيه وجهان: **أحدهما**: لا يسقط لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع فالفسخ إذًا من جهته فلم يسقط جميع المهر، **والثانى**: يسقط لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة فأشبه الفسخ بالعيب فى أحدهما وفسخها لإعساره وشراء الرجل امرأته فإن قلنا لا يسقط جميعه فالحكم فى النصف الباقى كالحكم فى جميعه إذا فسخ النكاح بعد الدخول على ما ذكرنا.

فصل: فإن باعها إياه بالصداق صح نص عليه وذكره أبو بكر والقاضى ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه إن قلنا يسقط جميعه ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول لكون انفساخ النكاح جاء من قبلها فيبقى الشراء بغير عوض فلا يصح وهو قول أصحاب الشافعى لأن ثبوت البيع يقتضى نفيه فإن صحة البيع تقتضى فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضى بطلان البيع لأنه عوض ولا يصح بغير عوض ووجهه الأول أنه يجوز أن يكون ثمنًا لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمنًا له كغيره من الديون وما سقط منه رجع عليها به.

فصل: قال ﷺ: **وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد.**

هذا قول عامة أهل العلم وحكى عن مالك أنها لا تملك إلا نصفه وعن أحمد ما يدل على ذلك، وقال ابن عبد البر: هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار، وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه وقول النبى ﷺ: «إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك»[10] دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ولأنه عقد يملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملاً كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه وإن كانت قد ملكت نصفه.

36- مسألة: (فإن كان معينًا كالعبد والدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها وزكاته ونقصه

---

(٣٥) تقدم فى المسألة رقم (٧٩٨) برقم (٢٤).

(10) أخرجه البخارى «كتاب النكاح» (٥١٣٥/ فتح) وأحمد (٥/ ٣٢٦) وتقدم مستوفيًا برقم ٩١٢ مسألة (٥٨).

ولنا: أن الظاهر قول من يدعى مهـر المثل فكان القول قوله قيـاسًا على المنكر فى سائر الدعاوى، وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ولأنه عـقد لا ينفسخ بالتحالف فـلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمـد ولأن القول بالتحالف يفضى إلى إيجاب أكثر مما يدعـيه أو أقل مما يقر لها به فإنهـا إذا كان مهر مثـلها مائة فادعت ثمانين وقـال بل هو خمسون أوجب لهـا عشرين يتفقـان على أنها غير واجبـة، ولو ادعت مائتين وقال بل هو مائة وخـمسون ومهر مـثلها مائة فأوجب مـائة لأسقط خـمسين يتـفقان عـلى وجوبها، ولأن مـهر المثـل إن لم يوافق دعوى أحدهما لم يجـز إيجابه لاتفاقهـما على أنه غير ما أوجـبه العقد، وإن وافق قول أحـدهما فلا حاجة فى إيجابه إلى يمين من ينفيه لأنها لا تؤثر فـى إيجابه وفارق البيع فإنه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهمـا فى ماله، وما ادعاه مالك من أنـها استأمنته لا يصح فـإنها لم تجعله أمينهـا ولو كان أمينًا لهـا لوجب أن تكون أمينة له حيـن لم يشهد عليـها على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الإشهاد، فقد تكون بينهـما بينة فتموت أو تغيب أو تنسى الشهادة إذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لأنه اختلاف فى ما يجـوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى فى الأموال، وحكى عن القـاضى أن اليمين لا تشرع فى الأحوال كلهـا لأنها دعوى فى النكاح.

فـصل: **فإن ادعى أقل من مهر المثل وادعت هى أكـثر منه رد إلى مهر المثل**، ولـم يذكر أصحابنا يمينًا، والأولى أن يتحالفا فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة فلا يعدل عنه إلا بيمـين من صاحبـه كالمنكر فى سـائر الدعاوى ولأنهمـا تساويا فى عـدم الظهور فيـشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان، وهذا قول أبى حنيفة، والباقون على أصولهم.

فـصل: فإن قال: تزوجتك على هذا العبد فقالـت بل على هذه الأمة وكانت قيمة العبد

وضمانه عليـها سواء قبضتـه أو لم تقبضه متصـلاً كان النماء أو منفصلاً وعليهـا زكاته إذا حال عليهـا الحول) نص عليه أحمد وإن تلف فهو من ضمـانها، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها لأنها قد ملكته أشبه ما لو ملكته بالبيع إلا أن يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه لأنه بمنزلة الغاصب إن زاد فالزيادة لها وإن نقص فالنقص عليه ويكون الخيار بين أخذ نصفه ناقصًا وبين أخذ نصف قيمتـه أكثر ما كانت من يوم العقد إلى حين القبض لأنه إذا زاد بعد العقد فالزيادة لها وإن نقص فالنقص عليه إلا أن تكون الـزيادة لتغير السعر فقد ذكرناه فى الغصب، وعن أحمد فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه، إن كانت قد قبضته فهو له وإن لم تقبضه فـهو على الزوج هكذا نقله مهنا فظاهر هذا أنه جعله قبل قبـضه من ضمان الزوج بكل حال سواء كان معينًا أو لم يكن كغير المعين وهو مذهب الشافعى.

37- **مـسـألة:** **(فإن كان غـير معين كقـفيز من صبرة لم يدخل فى ضـمانها ولم تملك التصرف فيه إلا بقبضه كالبيع).**

مهر المثل أو أكثر وقيمة الأمة فوق ذلك حلف الزوج ووجبت لها قيمة العبد، لأن قوله يوافق الظاهر، ولا تجب عين العبد لئـلا يدخل فى ملكها ما ينكره وإن كانت قيمة الأمـة مهر المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجـة مع يمينها، وهل تجب الأمة أو قيمتها؟ فيه وجهان:

أحدهـما: تجبُ عين الأمة، لأننا قبلنا قـولها فى القدر فكذلك فى العين وليس فى ذلك إدخال ما ينكره فى ملكها.

والثاني: تجب لها قيمتها، لأن قولها إنما وافق الظاهر فى القدر لا فى العين فأوجبنا لها ما وافقت الظـاهر فيه، وإن كان كل واحد منهـما قدر مهـر المثل أو كان العبـد أقل من مهر المثل والأمة أكثر منه وجب مهر المثل إذا تخالفا، وظاهر قول القاضى أن اليمين لا يشرع فى هذا كله.

١٢٠٥- **مـسـألة:** قـال: **(وإن أنكر أن يكون لها عليـه صداق فالقول أيضًا قـولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتى ببينة تبرئه منه).**

وجـملة ذلك: أن الزوج إذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلهـا سواء ادعى أنه وفى لها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق علىَّ شيـئًا وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعـده، وبه قال سعيد بن جبـير والشعبى وابن شبـرمة وابن أبى ليلى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وحكى عن فقهـاء المدينة السبعة أنهم قالوا: إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة يقطع الصداق، وبه قال مالك، قال أصحابه: إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كـان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه فى العادة لأنها لا تسلم نفسها فى العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه.

وجـــملة ذلك: أن حكم الصداق حكم البيع فى أن ما كـان مكيلاً أو موزونًا لا يجوز لها التصـرف فيه قبل قـبضه وما عـداه لا يحتاج إلى قبض ولهـا التصرف فيـه قبل قبضــه، وقال القاضى وأصحابه: ما كان معينًا فلها التصرف فيه وما لم يكن معينًا كقفيز من صبرة ورطل من زيت لم تملك التصـرف فيه حـتى تقبضه كـالبيع، وقد ذكـرنا فى المبيع رواية أخـرى أنها لا تملك التصرف فى شيء من قـبل قبضه وهذا مذهب الشافعى وهـذا أصل ذكر فى البيع وذكر القاضى فى موضع آخر أن ما لـم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعـوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث، وقد نص أحمـد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف وقياس المذهب أن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص وما لا تصرف لها فيـه فهو من ضمان الزوج إلا أن يمنعها من قبـضه فيكون من ضمان الزوج بكل حال كالغاصب وقد ذكرنا ما رواه مهنا عن أحمـد فى العبد إذا فقئت عينه أن ضمانه على الزوج ما لم تكن قبضته وهذا كمذهب الشافعى.

ولنا: أن النبى قـال ﷺ: «اليميـن على المدعى عليـه» ولأنه ادعى تسليم الحق الذى عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول.

فـصل: فإن دفع إليها ألفًا ثم اختلفا فقال: دفـعتها إليك صداقًا، وقالت: بل هبة، فإن كان اختلافهمـا فى نيته كأن قالت: قصدت الهبة، وقال: قـصدت دفع الصداق، فالقول قول الزوج بلا يمين لأنه أعلم بما نواه ولا تطلع المرأة على نيتـه، وإن اختلفا فى لفظه فقالت: قد قلت: خذى هذا هبة أو هدية، فـأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعى علـيه عقدًا على ملكه وهو ينكره فأشبـه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها، لكن إن كان المـدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصـدقها دراهم فدفع إليهـا عوضًا ثم اختلفا وحـلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها.

قال أحـمد فى رواية الفضل بن زياد فى رجل تزوج امـرأة على صداق ألف فبعث إليـها بقيمته متـاعًا وثيابًا ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصـداق فقال لها: قد بعثت إليك بهذا المتـاع واحتسبته من الصـداق، فقالت المرأة: صداقى دراهم، ترد الثيـاب والمتاع وترجع عليه بصداقها، فهذه الرواية إذا لم تخبرهم أنه صداق فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت هى أنه قـال: هو هبة، فينبغى أن يحلف كل واحـد منهما ويتراجـعا بما لكل واحد منهـما، وحكى عن مالك أنه قال: إن كـان مما جرت العـادة بهديته كالثـوب والخاتم فالقول قولها، لأن الظاهر معها وإلا فالقول قوله.

ولنا: أنهما اخـتلفا فى صفة انتقـال ملكه إلى يدها فكان القول قول المالك كـما لو قال أودعتك هذه العين قال: بل وهبتها.

فـصل: إذا مات الزوجان واختلف ورثتهمـا قام ورثة كل إنسان مقامه إلا أن من يحلف

فـصل: وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القـبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفـه ويضمنه بمثله إن كـان مثليًا وبقـيمته إن لم يكن مـثليًا، وهذا قول أبى حنيـفة والشافعى فى القديم وقال فى الجديد يرجع إلى مهر المثل، لأن تلف العوض يوجب الرجوع إلى المعوض فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالمبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع إليه.

ولنا: أن كل عين وجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كـالمغـصوب والقرض والعـارية وفارق المـبيع إذا تلف فإن المـبيع انفـسخ وزال سبب الاستحقاق فإذا ثبت هذا فإن التالف فى يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال: أحدها: أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضـًا منها ويسقط عن الزوج ضمانه، الثـانى: تلف بفعل الزوج فـهو من ضمانه على كل حال ويضـمنه لها بما ذكرناه، الثـالث: أتلفه أجنبى فلها الخـيار بين الرجوع على الأجنبى بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على الأجنبى، الرابع: تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرنا من التفصيل فى صدر المسألة.

منهم على الإثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لأنه يحلف على نفي فعل الغير، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن مات أحد الزوجين فكذلك وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية فأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء، قال أصحابه: إنما قال ذلك إذا تقادم العهد لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات، وقال محمد بن الحسن: يقضى بمهر المثل، وقال زفر: بعشرة دراهم لأنه أقل الصداق.

ولنا: أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين، وما ذكروه ليس بصحيح لأنه لا يسقط الحق لتقادم العهد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات.

فصل: وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الأب مقام الزوجة في اليمين لأنه يحلف على فعل نفسه، ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه فيه كالزوجة فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لأن الحق لها وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فإذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصي إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه، فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها لأن الكبيرة قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه، وأما سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فإن ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لأن القول قوله في قدر مهر المثل.

فصل: إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فإن كان بعد الدخول نظرنا فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين، لأنها لو صدقته

38- مسألة: (فإن قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه إن كان باقيًا).

لقول الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ وليس في هذا اختلاف بحمد الله ويدخل في ملكه حكمًا كالميراث هذا قياس المذهب ولا يفتقر إلى اختياره وإرادته فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر، وذكر القاضي احتمالاً أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع وهو قول أبي حنيفة، وللشافعي قولان كالوجهين فعلى هذا ما ينمى قبل ذلك فهو لها وعلى القول الآخر يكون بينهما نصفين.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ أي لكم أولهن، فاقتضى ذلك أن النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق، ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث ولأنه سبب لنقل الملك فيه فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الأسباب ولا تلزم الشفعة فإن سبب الملك فيها الأخذ ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادة واختيار

فى ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة فى الاختـلاف، وإن ادعت أقل من مهر المثل فهى مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمتـه اليمين على نفى ذلك ويجب لهـا مهر المثل، وإن كان اخـتلافهمـا قبل الدخول انبنى على الروايتين فيمـا إذا اختلفا فى قدر الصداق، فإن قلنا القول قول الزوج فـلها المتعة، وإن قلنا القول قول من يدعى مهر المثل قبل قولهـا ما ادعت مهر مثلها، هذا إذا طلقها، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين، وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين.

١٢٠٦- مـسـألة: قـال: (وإذا تزوجها بغـير صداق لم يكن لها عليه إذا طلقـها قبل الدخول إلا المتعة) .

وجملـته: أن النكاح يصح من غير تسمية صداق فى قول عامة أهل العلم، وقد دل على هذا قول الله تـعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة: ٢٣٦) .

وروى أن ابن مسـعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يـفرض لها صداقًـا ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها ميراث، فقام مـعقل بن سنان الأشجـعى فقال: قضى رسـول الله ﷺ فى بَرْوع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت، أخرجه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن صحيح[٣٦] ، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة، وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقـول: زوجتك بغير مهر، فيقبله كذلك، ولو قـال: زوجتك بغير مهر فى الحال ولا فى الثانى صح أيضًا.

وقال بعض الشافـعية: لا يصح فى هذه الصورة لأنها تكون كالمـوهوبة، وليس بصحيح

وقبل الأخذ ما وجد السبب وإنما استحق بمباشرة سبب الملك ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره كما أن الطلاق مفوض إلى اختيـاره فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للأخذ بالشفعة نظيـر ثبوت الملك للمطلق فإن ثبوت الملك حكم لهما وثبـوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا إرادته.

فـصل: فإن زاد زيادة منفصلة رجع فى نصف الأصل والزيادة لها وإن كانت متصلة فهى مخيرة بين دفع نصفه زائدًا وبين دفع نصف قيمته يوم العقد.

وجـمـلة ذلك: أن الصداق إذا زاد بعد العـقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متـميزة كسمن العبد وكبره وتعلمه صناعة، أو متميزة كالولد والكسب والثمرة، فإن كانت زيادة متميزة أخذت الزيادة ورجع بنصف الأصل وإن كانت غيـر متميزة فالخيرة إليـها إن شاءت دفعت إليه قيـمته يوم العقـد، لأن الزيادة لها لا يلزمها بذلهـا ولا يمكنها دفع الأصل بدونها فـصرنا إلى

---

(٣٦) تقدم برقم (٨٨ مسألة رقم ١٠٤٩).

لأنه قد صح فيما إذا قال: زوجتك بغير مهر، فيصح ههنا لأن معناهما واحد، وما صح فى إحدى الصورتين المتساويتين صح فى الأخرى وليست كالموهوبة لأن الشرط يفسد ويجب المهر، إذا ثبت هذا فإن المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فمن كسر أضاف الفعل إليها على أنها فاعلة مثل مقومة ومن فتح أضافه إلى وليها، ومعنى التفويض الإهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه، ومنه قول الشاعر(٣٧):

لا يصلُحُ الناسُ فوضى لا سَرَاةَ لهمْ ولا سراةَ إذا جُهَّالهم سادوا

يعنى مهملين، والتفويض على ضربين: تفويض بضع وتفويض مهر، فأما تفويض البضع فهو الذى ذكره الخرقى وفسرناه وهو الذى ينصرف إليه إطلاق التفويض، وأما تفويض المهر فهو أن يجعل الصداق إلى رأى أحدهما أو رأى أجنبى فيقول: زوجتك على ما شئت أو على حكمك أو على حكمى أو حكمها أو حكم أجنبى ونحوه، فهذه لها مهر المثل فى ظاهر كلام الخرقى لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل، والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها فى تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك، فأما إن زوجها غير أبيها ولم يذكر مهراً بغير إذنها فى ذلك فإنه يجب مهر المثل.

وقال الشافعى: لا يكون التفويض إلا فى الصورة الأولى وقد سبق الكلام معه فى أن للأب أن يزوج ابنته دون صداق مثلها فكذلك يجوز تفويضه، فإذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبى والزهرى والنخعى والثورى والشافعى وإسحاق

نصف القيمة وإن شاءت دفعت إليه نصفه زائداً فيلزمه قبوله لأنها دفعت إليه حقه وزيادته لا تضر ولا تتميز فإن كانت محجوراً عليها لم يمكن له الرجوع إلا فى نصف القيمة، لأن الزيادة لها ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشىء لا يجب عليها.

39- **مسألة:** (وإن كان ناقصًا خير الزوج بين أخذ نصفه ناقصًا وبين أخذ القيمة يوم العقد).

إذا نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها وقد ذكرناه مفصلاً ولا يخلو من أن يكون النقص متميزًا أو غير متميز فإن كان متميزًا كعبدين تلف أحدهما فإنه يرجع بنصف الباقى ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال وإن لم يكن متميزًا كأن شاب فصار شيخًا فنقصت قيمته أو نسى صناعة أو كتابة أو هزل فالخيار إلى الزوج إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه وإن شاء رجع بنصفه ناقصًا فتجبر المرأة على ذلك لأنه رضى أن يأخذ نصف حقه ناقصًا

---

(٣٧) البيت فى الشعر والشعراء (١٢٩) للأقوه الأودى «وفيه لا يصلح القوم» والسراة: السادة.

وأبو عبـيد وأصحاب الرأى، وعن أحـمد رواية أخرى أن الواجب لهـا نصف مهر مـثلها لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى محرمًا.

وقال مالك والليث وابن أبى ليلى: المتعة مستحبة غير واجبة لأن الله تعالى قال: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: ٢٣٦) فخصهم بها فيدل أنها على سبيل الإحسان والتفضل، والإحسان ليس بواجب ولأنها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٦) أمر والأمر يقتضى الوجوب، وقال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البـقـرة: ٢٤١) وقال تعـالى: ﴿إِذَا نَكَحْـتُـمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ (الأحـزاب: ٤٩) ولأنه طلاق فى نكاح يقـتضى عـوضًا فلم يعـر عن العوض كـما لو سـمى مـهرًا، وأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما.

فصل: فإن فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف ما فرض لها ولا متعة، وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبى والنخعى والشافعى وأبى عـبيد، وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر، وهو قول أبى حنيـفة لأنه نكاح عرى عن تسميته فوجبت به المـتعة كما لو لم يفرض لها.

فإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له ذلك فى ظاهر كلام الخرقى وهو قول أكثر الفقهاء، قال القاضى: القياس أن له ذلك كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة والشافعى، وقال محمد بن الحسن: الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فللزوج الرجوع فيها لأنها تتبع فى الفسوخ فأشبهت زيادة السوق.

ولنا: أنها زيادة حدثت فى ملكها فلم تتنصف بالطلاق كالمميزة فأما زيادة السوق فليست ملكلها وفـارق نماء المبيع، لأن سـبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسـبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها، ولأن الزوج يثبت حقه فى نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كـان له الرجوع إلى نصف بدلها بخلاف المبيع المـعيب والمفروض لم يكن سمينًا فلم يكن له أخـذه والمبيع تعلق حقه بعينه فـتبعه سمنه فأمـا إن نقص الصداق من وجه وزاد من وجه مثل أن يتعلم صناعة وينسى أخرى أو هـزل وتعلم ثبت الخيار لكل واحد منهما وكان له الامتناع والرجوع إلى القـيمة فإن اتفقا على نصف العـين جاز وإن امتنعت المرأة من بذلها فلها ذلك لأجل الزيادة وإن امتنع هو من الرجـوع فى نصفها فله ذلك لأجل النقص وإذا امتنع أحدهما رجع فى نصف قيمتها.

فـــصل: فإن أصدقهـا شقصًا وقلنا للشفيع أخـذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع فى نصف قـيمتـه لزوال ملكهـا عنه فإن طلقهـا قبل الأخذ بالشفعـة فطالب الشفيع قدم حـقه فى أحد

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٣٧) ولأنه مفروض يستقر بالدخول فتنصف بالطلاق قبله كالمسمى فى العقد.

فصل: ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمى لها صداق أو لم يسم لها لكن فرض بعد العقد، وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمى لها وهو قديم قولى الشافعى، وروى عن أحمد: لكل مطلقة متاع، وروى ذلك عن على بن أبى طالب والحسن وسعيد بين جبير وأبى قلابة والزهرى وقتادة والضحاك وأبى ثور لظاهر قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ٢٤١) ولقوله تعالى لنبيه ﷺ: ﴿قُل لِّأَزْوَاجِكَ﴾ إلى قوله: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾ (الأحزاب: ٢٨) وعلى هذه الرواية: لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو مسمى لها مدخولاً بها أو غيرها لما ذكرنا، وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التى لم يدخل بها إذا طلقت، قال أبو بكر: كل من روى عن أبى عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر، إلا حنبلاً فإنه روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعًا، قال أبو بكر: والعمل عليه عندى لولا تواتر الروايات عنه بخلافها.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٦) ثم قال: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٣٧) فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه

الوجهين، لأن حقه أسبق فإنه يثبت بالنكاح وحق الزوج ثابت بالطلاق، ولأن الزوج يرجع إلى بدل وهو نصف القيمة وحق الشفيع إذا بطل فإلى غير بدل، **والثانى:** يقدم الزوج لأن حقه ثبت بنص القرآن والإجماع فكان آكد وحق الشفيع مختلف فيه فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقى بنصف ما كان يأخذ به الجميع.

40- **مسألة:** (وإن كان تالفًا أو مستحقًّا بدين أو شفعة فله نصف القيمة يوم العقد إلا أن يكون مثليًّا فيرجع نصف مثله).

وقال القاضى: له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض، قال شيخنا: هذا مبنى على أن الصداق لا يدخل فى ضمان المرأة إلا بقبضه وإن كان معينًا كالمبيع فى رواية فعلى هذا إن كانت القيمة وقت العقد أقل لم يلزمها إلا نصفها، لأن الزيادة بعد العقد لها لأنها نماء ملكها فأشبهت الزيادة بعد القبض وإن كانت القيمة وقت القبض أقل لم يلزمها أكثر من نصفها لأن ما نقص من القيمة من ضمانه تلزمه غرامته لها فكيف يجب له عليها؟.

فصل: فإن أصدقها نخلاً حائلاً فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها يوم العقد وليس له الرجوع فى نصفها لأنها زادت زيادة متصلة فهى كسمن الجارية وسواء كان

النساء قـسمين وإثباته لكل قـسم حكمًا، فيـدل ذلك على احتصاص كل قـسم بحكمه، وهذا يخص ما ذكروه، ويحتمل أن يحـمل الأمر بالمتاع فى غير المفوضـة على الاستحباب لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفى وجوبهـا جمعًا بين دلالة الآيات والمعنى، فإن عوض واجب فى عقد فإذا سمى فيه عوض صحيح لم يجب غـيره كسائر عقود المعاوضة، ولأنها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا ما يقوم مقامها فلم تجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها.

فـصل: ولو طلّق المسمى لها بعد الدخول أو المفـوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعة لواحـدة منهما إلا على رواية حنبل، وقد ذكرنا ذلك وذكـرنا قول من ذهب إليه، وظاهر المذهب أنه لا متـعة لواحدة منهما وهو قول أبى حـنيفة، وللشافعى قولان كـالروايتين، وقد ذكرنا ذلك، إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يمتعهما، نص عليه أحمد فقال: أنا أوجبها على من لم يسم لها صـداقًا فإن كان سمىٰ صـداقًا فلا أوجبـها عليه وأستحب أن يمنـع وإن سمى لها صداقًا وإنمـا أستحب ذلك لعموم النص الوارد فـيها ودلالتها على إيجـابها، وقول على ﷺ ومن سمينـا من الأئمة بها فلما امـتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكـورتين على نفى الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص، وأما المتوفى عنها فلا متـعة لها بالإجماع لأن النص العام لم يتناولها وإنما يتناول المطلقات، ولأنها أخذت العوض المسمى لها فى عـقد المعاوضة فلم يجب لها به سواه كما فى سائر العقود.

فـصل: والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مـفوضة طلقت قبل الدخول وسواء فى

الطلع مؤبرًا أو غير مـؤبر لأنه متصل بالأصل لا يجب فصله عنه فى هذه الحال فـأشبه السمن وتعلم الصناعة فـإن بذلت له المرأة الرجوع فـيها مع طلعـها لزمه ذلك لأنها زيادة مـتصلة لا يجب فصلها، وإن قال: اقطعى ثمرتك حـتى أرجع فى نصف الأصل، لم يلزمها لأن العرف فى هذه الثمرة أنها لا تؤخذ إلا بالجذاذ بدليل البيع ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة فلم يعد إلى العين إلا برضاهمـا، فإن قالت المرأة: اترك الرجوع حـتى آخذ ثمرتى وترجع فى نصف الأصل وأرجع فى نصف الأصل، وأمهلنى حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج: أنا أصبر حتى إذا أخذت ثمرتك رجـعت فى الأصل، أو قال: أنا أرجع فى الأصل وأصبر حـتى تجذى ثمرتك لم يلزم أحدهما قبول قول الآخر لأن الحق انتقل إلى القيـمة فلم يعد إلى العين إلا بتراضيهما ويحتـمل أن يلزمها قبـول ما عرض عليهـا لأن الضرر عليه فأشـبه ما لو بذلت له نصفـها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضى بها، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز والحكم فى سائر الشجر كالحكم في النخل وإخراج النور فى الشجر بمنزلة الطلع الذى لم يؤبر.

فـصل: فـإن كانت أرضًا فـحرثتها فتلك زيادة مـحضة إن بذلتها له بزيادة لزمـه قبولها كالزيادات المتصلة كلها وإن لم تبذلها دفعت نصف قيـمتها، وإن زرعتها فحكمها حكم النخل

ذلك الحر والعبد والمسلم والذمى والحرة والأمة والمسلمة والذمية[٣٨]، وحكى عن أبى حنيفة: لا متعة للذمية، وقال الأوزاعى: إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقًا فلا متعة.

ولنا: عموم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر فى حق من سمى لها فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى، ولأن ما يجب من العوض يستوى فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر.

فصل: فأما المفوضة المهر وهى التى يتزوجها على ما شاء أحدهما، أو التى زوجها غير أبيها بغير صداق بغير إذنها، أو التى مهرها فاسد، فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول، ولا متعة لها، هذا ظاهر كلام الخرقى، وقد صرح به فى التى مهرها فاسد وهو مذهب الشافعى، وعن أحمد: أن لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع، وهو مذهب أبى حنيفة، لأنه خلا عقدها من تسمية صحيحة فأشبهت التى لم يسم لها شىء.

ولنا: أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق، فوجب أن يتنصف كما لو سماه، أو نقول: لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها، وتفارق التى رضيت بغير عوض، فإنها رضيته بغير صداق، وعاد بضعها سليمًا فعوضت المتعة بخلاف مسألتنا.

فصل: وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما يسقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة

إذا طلع إلا فى موضع واحد وهو أنها إذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل، والفرق بينهما من وجهين: **أحدهما**: أن الثمرة لا تنقص بها الشجرة، والأرض تنقص بالزرع وتضعف، **الثانى**: أن الثمرة متولدة من الشجر فهى تابعة له، والزرع ملكها أودعته فى الأرض فلم يجبر على قبوله، وقال القاضى: يجبر على قبوله كالطلع سواء، وقد ذكرنا ما يقتضى الفرق، ومسائل الغراس كمسائل الزرع، فإن طلقها بعد الحصاد ولم تكن الأرض زادت ولا نقصت رجع فى نصفها وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع فى نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هى ببذلها زائدة.

فصل: فإن أصدقها خشبًا فشقته أبوابًا فزادت قيمته لم يكن له الرجوع فى نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصفه لأنه نقص من وجه فإنه لم يبق مستعدًا لما كان يصلح له من التسقيف وغيره، وإن أصدقها ذهبًا أو فضة فصاغته حليًا فزادت قيمته فلها منعه من نصفه، وإن بذلت له النصف لزمه القبول، لأن الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعدًا لما كان يصلح له قبل صياغته، وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حليًا فكسرته ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأنه نقص فى يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التى أحدثتها فيه وإن أعادت الدراهم والدنانير إلى ما كانت عليه فله الرجوع فى نصفها وليس له

---

(٣٨) وفى بعض النسخ: والمسلمة والكافر والذمية.

لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت فى موضع يسقط كما تسقط الأبدال بما يسقط مبدلها.

فصل: قال أبو داود: سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهرًا، ثم وهب لها غلامًا، ثم طلقها قبل الدخول، قال: لها المتعة، وذلك، لأن الهبة لا تنقضى بها المتعة كما لا ينقضى بها نصف المسمى، ولأن المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله، ولأنها واجبة فلا تنقضى بالهبة كالمسمى.

١٢٠٧- **مسألة:** قال: (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاه خادم وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلى فيها إلا أن يشاء هو أن يزيدها أو تشاء هى أن تنقصه).

وجملة ذلك: أن المتعة معتبرة بحال الزوج فى يساره وإعساره، نص عليه أحمد، وهو وجه لأصحاب الشافعى، والوجه الآخر قالوا: هو معتبر بحال الزوجة لأن المهر معتبر بها، كذلك المتعة القائمة مقامه، ومنهم من قال: يجزئ فى المتعة ما يقع عليه الاسم كما يجزئ فى الصداق ذلك.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ (البقرة: ٢٣٦) وهذا نص فى أنها معتبرة بحال الزوج وأنها تختلف، ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها، فروى عنه مثل قول الخرقى: أعلاه خادم هذا إذا كان موسرًا، وإن كان فقيرًا متعها كسوتها درعًا وخمارًا وثوبًا تصلى فيه، ونحو ذلك قال ابن عباس والزهرى والحسن، قال ابن عباس: أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة، ونحو ما ذكرنا

طلب قيمتها لأنها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه ما لو أصدقها عبدًا فمرض أو برئ، وإن صاغت الحلى على ما كان عليه ففيه ووجهان أحدهما: له الرجوع كالدراهم إذا أعيدت، والثانى: ليس له الرجوع فى نصفه لأنها جددت فيه صناعة فأشبه ما لو صاغته على صفة أخرى، ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت إلى حالتها الأولى فهل يرجع فى نصفها؟ على وجهين.

41- **مسألة:** (وإن نقص الصداق فى يدها بعد الطلاق فهل تضمن بعضه؟ يحتمل وجهين).

أما إن كانت منعته منه بعد طلبه فعليها الضمان لأنها غاصبة وإن تلف قبل مطالبته فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها لأنه حصل فى يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة، وإن اختلفا فى مطالبته لها فالقول قولها لأنها منكرة، وفيه وجه آخر: أن عليها الضمان لأنه حصل فى يدها بحكم قطع العقد فأشبه البيع إذا ارتفع العقد بالفسخ، والأول أولى لما ذكرناه وأما البيع فيحتمل أن يمنع وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من

فى أدناها قال الثورى والأوزاعى وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأى، قالوا: درع وخمار وملحفة، **والرواية الثانية**: يرجع فى تقديرها إلى الحاكم، وهو أحد قولى الشافعى، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات، وذكر القاضى فى المجرد رواية ثالثة: أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به، وهذه الرواية تضعف لوجهين:

أحدهما: أن نص الكتاب يقتضى تقديرها بحال الزوج، وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة، لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها.

الثانى: أنا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر إذ ليس المهر معينًا فى شىء ولا المتعة، ووجه قول الخرقى قول ابن عباس «أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة» رواه أبو حفص بإسناده[٣٩] وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها، لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة فى الكفارة والسترة فى الصلاة، وروى كنيف السلمى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء، يعنى متعها[٤٠]، قال إبراهيم النخعى: العرب تسمى المتعة التحميم، وهذا فيما إذا تشاحا فى قدرها فإن سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق، وقد روى عن الحسن بن على أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم فقال: متاع قليل من حبيب مفارق[٤١].

المشترى فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره فى يده، وفى مسألتنا ليس من المرأة فعل وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده فأشبه ما لو ألقى ثوبه فى دارها بغير إذنها.

---

(٣٩) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «الطلاق» باب (ما قالوا فى أرفع المتعة وأدناها) (٤/ ١١٤) بلفظ أرفع المتعة... الحديث.

(٤٠) ذكره ابن الأثير فى «غريب الحديث» (١/ ٤٤٥).
حمّمها: أى متعها بها بعد الطلاق وكانت العرب تُسَمِّى المتعة التحميم.

(٤١) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٤/ ٣١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٣٣٦) من طريق عمرو بن شمر عن عمران بن مسلم وإبراهيم بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة قال: ثم ذكره، وقال الذهبى فى «الميزان»: عمرو بن شمر الجعفى الكوفى الشيعى أبو عبد الله قال يحيى: ليس بشىء، وقال ابن حبان: رافضى يشتم الصحابة ويروى الموضوعات، وقال البخارى: منكر الحديث. اهـ. وأخرج أيضًا من طريق إبراهيم بن محمد الواسطى ثنا محمد بن حميد الرازى ثنا سلمة بن الفضل عن عمرو ابن أبى قيس عن إبراهيم بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة... به، وإسناده ضعيف أيضًا، محمد بن حميد الرازى ضعيف وسلمة بن الفضل قال الذهبى فى «الميزان» سلمة بن الفضل الأبرش قاض ضعفه ابن راهويه، وقال البخارى: فى حديثه بعض المناكير، وقال النسائى: ضعيف، وأما عمرو بن أبى قيس فهو صدوق له أوهام.

١٢٠٨- **مسألة:** قال: (**ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك، فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته**) .

وجملة ذلك: أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر، لأن النكاح لا يخلو من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره، وبهذا قال الشافعى، ولا نعلم فيه مخالفًا، فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه، قليلاً كان أو كثيرًا سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به وقال الشافعى فى قوله له: لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل، لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلومًا.

ولنا: أنه إذا فرض لها كثيرًا فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا تمنع من ذلك، وقولهم إنه بدل غير صحيح، فإن البدل غير المبدل، والمفروض إن كان ناقصًا فهو بعضه وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلاً ولو كان بدلاً لما جاز مع العلم، لأنه يبدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلاً، وقد روى عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ لرجل: «أترضى أنى أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانًا؟» قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه ودخل عليها ولم يفرض لها صداقًا، فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوجنى فلانة ولم يفرض لها

42- **مسألة:** (**وإن قال الزوج: نقص قبل الطلاق فعليك ضمانه وقالت بعده فالقول قولها مع يمينها**) لأنه ادعى ما يوجب الضمان عليها وهى منكرة والقول قول المنكر.

فصل: إذا خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها قبل دخوله بها فلها فى النكاح الثانى نصف الصداق المسمى فيه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة لها جميعه، لأن حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ**﴾ (البقرة: ٢٣٧) ولأنه طلاق من نكاح صحيح لم يمسها فيه فوجب أن يتنصف المهر كما لو تزوجها بعد العدة، وما ذكره غير صحيح فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده فلا يقوم مقامه، فأما إن كان لم يدخل بها فى النكاح الأول فعليه نصف الصداق للنكاح الأول ونصف الصداق للنكاح الثانى بغير خلاف.

فصل: إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت فى الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق فهذا يمنع الرجوع به وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فإن عادت العين إليها قبل طلاقها ثم طلقها وهى فى يدها بحالها فله الرجوع فى نصفها لأنه وجدها بعينها فأشبه ما لو يخرجها ولا يلزم الوالد إذا وهب ولده شيئًا فخرج عن ملكه ثم عاد إليه حيث لا يملك الرجوع لأنا نمنع ذلك، وإن سلمنا فإن

صداقًا ولم أعطها شيئًا، وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف[٤٢]، فأما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه، فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة، لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء، وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولا يثبت لها ما لم ترض به، وإن تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل، لأن الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل المثل، ولأنه إنما يفرض بدل البضع فيقدر به كالسلعة إذا تلفت فرجعا فى تقويمها إلى أهل الخبرة، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه، ومتى صح الفرض صار كالمسمى فى العقد فى أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه، وإذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ما حكم به.

فصل: وإن فرض لها أجنبى مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه وكان وجوده كعدمه، لأنه ليس بزوج ولا حاكم فإن سلم إليها ما فرضه لها فرضيته، احتمل أن لا يصح لما ذكرنا ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاها، لأن تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج، ويحتمل أن يصح، لأنه يقوم مقام الزوج فى قضاء المسمى فيقوم مقامه فى قضاء ما يوجبه العقد غير المسمى، فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج، لأنه ملكه إياه حين قضى به دينًا عليه فيعود إليه كما لو دفعه هو، ولأصحاب الشافعى مثل هذين

حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل أنه لا يطالبه ببدله والزوج لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فإذا وجد كان الرجوع فى نفسه أولى، وفى معنى هذه التصرفات الرهن فإنه لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ولذلك لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه ففى الرجوع فى العين إبطال حق المرتهن من الوثيقة فلم يجز، وكذلك الكتابة فإنها تراد للعتق المزيل للملك وهى عقد لازم فجرت مجرى الرهن، ويحتمل أن لا يمنع الرجوع إذا قلنا يجوز بيع المكاتب كالتدبير فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن أو فى مدة الخيار فى البيع ففيه وجهان:

أحدهما: لا تجبر على رد نصفه إليه لأنه عقد عقدته فى ملكها فلم يملك إبطاله كاللازم، ولأن ملكها قد زال فلم يملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها.

والثانى: تجبر على تسليم نصفه فإنها قادرة على ذلك ولا زيادة فيه، وللشافعى قولان كهذين الوجهين، فأما إن طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع فى نصفها، لأن حقه ثبت فى القيمة، **الثانى:** تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل الرجوع فى

---

(٤٢) تقدم برقم (٧).

الوجهين وذكروا وجهًا ثالثًا: أنه يرجع نصفه إلى الأجنبى، وذكره القاضى وجهًا لنا ثالثًا، وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه، ولو أن رجـلاً قضى المسمى عن الزوج صح، ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصـفه إليه، وإن فسخت نكاح نفسهـا بفعل من جهتها رجع جـميعه إليه، وعلى الوجه الآخر: يرجع إلى من قضاه، والله أعلم.

فـصل: ويجب المهر للمفوضة بالعقـد، وإنما يسقط إلى المتعة بالطلاق، وهذا مذهب أبى حنيفـة، واختلف أصحـاب الشافعى، فـمنهم من قال: الصـحيح أنه يجب بالعقـد وقال بعضهم: لا يجب بالعقد قولاً واحدًا، ولا يجىء على أصل الشافعى غير هذا، لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى فى العقد.

ولنا: أنها تملك المطالبة به فكان واجـبًا كالمسمى، ولأنه لو لم يجب بالعقد لمـا استقر بالموت كما فى العقد الفاسـد، ولأن النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضى إلى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيـحًا وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وإنما لم يتنصف، لأن الله تعالى نقل غير الـمسمى لها بالطلاق إلى المتعة كـما نقل من سمى لها إلى نصف المسمى لها، والله أعلم.

فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها، لأن المهر وجب بالعقد فى ملكه «وإنما الفرض عنه»(٤٣) ولو فوضت المرأة نفسها ثم

نصفه ويكون وجوده بهذا التصرف كـعدمه، لأنه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصـرف فلا يمنع من له الرجوع على المـالك من الرجوع كالإيداع والعارية، فـأما إن دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجـوع، لأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصيـة ولا يجبر على الرجوع فى نصفه بل يخـير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ولأن شركـة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفى فيـحكم بعتقه، وإن كانت أمة فدبـرتها فإن قلنا تباع فى الدين فهى كالعبد، وإن قلنا لا تباع لم يجز الرجوع فى نصفها، **الثـالث:** تصرف لازم لا يراد لإزالة الملك كالإجـارة والتزويج فهو نقص فيـخير الزوج بين أن يرجع فى نصفـه ناقصًا وبين الرجوع فى نصف قيمته فإن رجع فى نصف المسـتأجر صبر حتى تنفسخ الإجارة، **فـإن قـيل:** فلم قلت فى الطلع الحادث فى النخيل إذا قال أنا أصبـر حتى تنتهى الثمرة لم يكن له ذلـك؟ **قـلنـا:** الفرق بينهما أن فى تلك المسألة تكون المنة له فـلا يلزمها قبول منته بخلاف مسألتنا، ولأن ذلك يؤدى إلى التنازع فى سقى الثمرة وجذاذها وقطعها لخوف العطش أو غيره بخلاف مسألتنا.

فـــصل: قد ذكرنا أن المهـر إن كان معينًا يدخل فى ملك المرأة بمجـرد العقد فإذا زاد فالزيادة لها وإن نقص فعليـها فإذا كانت غنمًا فولدت فالأولاد زيادة منفـصلة تنفرد المرأة بها،

---

(٤٣) سقط من المطبوعة وأثبتناه من بعض النسخ.

طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه، ووافق أصحاب الشافعي على ذلك، لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد إلا في الأمة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين.

فصل: ويجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئًا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها، وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي، وروى عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة ومالك: لا يدخل بها حتى يعطيها شيئًا، قال الزهري: مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئًا، قال ابن عباس: يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها (٤٤).

وقد روى أبو داود بإسناده عن رجل من أصحاب النبي ﷺ: أن عليًا لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها، فمنعه رسول الله حتى يعطيها شيئًا: فقال: يا رسول الله، ليس لي شيء، فقال له النبي ﷺ: أعطها درعك، فأعطاها درعه، ثم دخل بها (٤٥)، ورواه ابن عباس أيضًا قال: «لما تزوج عليٌّ فاطمة قال له رسول الله ﷺ: «أعطها شيئًا» قال: ما عندي، قال: «أين درعك الحطمية؟» رواه أبو داود والنسائي (٤٦).

لأنه نماء ملكها وترجع في نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة، لأنه نصف ما فرض لها، وقد قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصًا، لأنه رضي بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها، لأن ضمان النقص عليها وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يرجع في نصف الأصل وإنما يرجع في نصف القيمة لأنه لا يجوز فسخ العقد في الأصل دون النماء، لأنه موجب للعقد فلم يجز رجوعه في الأصل بدونه.

---

(٤٤) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١/ ٧٤٦/ ١٩٩) من طريق أبي حمزة عمران بن أبي عطاء قال: سمعت ابن عباس يقول... به، قال الذهبي في «الميزان»: عمران بن أبي عطاء قد وثق، وقال أبو زرعة: لين، وقال العقيلي: لا يتابع على حديثه، وقال أحمد: صالح الحديث، وقال أبو حاتم والنسائي: ليس بقوي، وقال أبو داود: ليس بذاك وهو ضعيف.

(٤٥) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢/ ح٢١٢٦) وفي إسناده عبد الله بن أنس وهو مقبول، من طريق غيلان ابن أنس، حدثني محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن رجل من أصحاب النبي ﷺ... به. والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٥٢) وابن سعد في الطبقات (٨/ ٢١) عن عكرمة مرسلاً أن النبي ﷺ قال: أعطها درعك، وذكره الهيثمي في «المجمع» (٨/ ٢٨٣) عن ابن عباس وقال: رواه الطبراني في الأوسط والكبير باختصار وفيه سعيد بن زنبور ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات والحديث إسناده ضعيف.

(٤٦) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢/ ح٢١٢٥) وإسناده صحيح، **الحطمية** بضم الحاء وفتح الطاء هي التي تحطم السيوف أي تكسرها وقيل هي: العريضة الثقيلة، وقيل هي منسوبة إلى الطن بن عبد القيس يقال لهم حُطمة بن مخارب كانوا يعملون الدروع وهذا أشبه الأقوال.

ولنا: حديث عقبة بن عامر فى الذى زوجه النبى ﷺ ودخل عليها ولم يعطها شيئًا(٤٧) وروت عائشة قالت: أمرنى رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئًا، رواه ابن ماجه(٤٨)، ولأنه عوض فى عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن فى البيع والأجرة فى الإجارة وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئًا موافقة للأخبار ولعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة، وليكون ذلك أقطع للخصومة، ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق، والله أعلم.

١٢٠٩- مسألة: قال: **(ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها)**.

أما الميراث فلا خلاف فيه فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضًا وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت فورث به لدخوله فى عموم النص، وأما الصداق فإنه يكمل لها مهر نسائها فى الصحيح من المذهب وإليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى وإسحاق وروى عن على وابن عباس وابن عمر والزهرى وربيعة ومالك والأوزاعى: لا مهر لها لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق وقال أبو حنيفة كقولنا فى المسلمة وكقولهم فى الذمية، وعن أحمد رواية أخرى: لا يكمل ويتنصف وللشافعى قولان كالروايتين.

ولنا: أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض، وما ذكروه لا يصح لأن الطلاق ليس برفع العقد ولا النماء من موجباته إنما هو من موجبات الملك، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه والزيادة لها فينفرد بالأولاد، وإن نقصت الأمهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له، وقال: أبو حنيفة إذا ولدت فى يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع فى نصف الأولاد أيضًا، لأن الولد دخل فى التسليم المستحق بالعقد، لأن حق التسليم تعلق بالأم فسرى إلى الولد لحق الاستيلاد وما دخل فى التسليم المستحق بنصف بالطلاق كالذى دخل فى العقد.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ وما فرض ههنا إلا الأمهات فلا يتنصف سواها، ولأن الولد حدث فى ملكها أشبه ما حدث فى يدها، ولا يشبه حق التسليم حق

---

(٤٧) تقدم برقم (٧).

(٤٨) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٢٨) من طريق خيثمة عن عائشة... به وإسناده ضعيف وقال أبو داود: خيثمة لم يسمع من عائشة.

ولنا: ما روى أن عبدالله بن مسعود ﷺ: قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقًا ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعى فقال: قضى رسول الله ﷺ فى بروع ابنة واشق مثل ما قضيت قال الترمذى: هذا حديث صحيح(٤٩)، وهو نص فى محل النزاع ولأن الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول وقياس الموت على الطلاق غير صحيح فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق وأما الذمية فإنها مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمة أو كما لو سمى لها ولأن المسلمة والذمية لا يختلفان فى الصداق فى موضع فيجب أن لا يختلفا هنا.

فصل: قوله «مهر نسائها» يعنى مهر مثلها من أقاربها، وقال مالك: تعتبر بمن هى فى مثل كمالها(٥٠) ومالها وشرفها ولا يختص بأقربائها، لأن الأعواض إنما تختلف بذلك دون الأقارب.

الاستيلاد فإن حق الاستيلاد يسرى وحق التسليم لا سراية له فإن تلف فى يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب وإلا لم يضمنه، لأنه تبع لأمه.

فصل: والحكم فى الصداق إذا كان جارية كالحكم فى الغنم إذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع فى نصف الأصل لأنه يفضى إلى التفريق بين الأم وولدها فى بعض الزمان وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها فى جميع الزمان لا يجوز فى بعضه فيرجع عليها فى نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير.

فصل: فإن كان الصداق بهيمة حائلاً فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها، لأن الحمل فى البهيمة لا يعد نقصًا ولذلك لا يرد به المبيع، وإن كانت أمة فحملت فقد زادت من وجه لأجل ولدها ونقصت من وجه، لأن الحمل فى النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع فحينئذ لا يلزمها بذلها لأجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لأجل النقص وله نصف قيمتها وإن اتفقا على تنصيفها جاز، وإن أصدقها حاملاً فولدت فقد أصدقها عينين جارية وولدها وزاد الولد فى ملكها فإن طلقها فرضيت ببذل النصف فى الولد والأم جميعًا أجبر على قبولها، لأنها زيادة غير مميزة وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع فى نصف الولد لزيادته ولا فى نصف الأم لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ويرجع بنصف قيمة الأم وفى نصف الولد وجهان:

أحدهما: لا يستحق نصف قيمته، لأنه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زال فى

---

(٤٩) تقدم برقم (٨٨) فى المسألة (١٠٤١).

(٥٠) فى بعض النسخ: جمالها.

ولنا: قوله فى حديث ابن مسعود: لها مهر نسائها، ونساؤها أقاربها، وما ذكره فنحن نشترطه ويشترط معه أن تكون من نساء أقاربها، لأنها أقرب إليهن، وقوله: لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب لا يصح، فإن المرأة تطلب لحسبها كما جاء فى الأثر، وحسبها يختص به أقاربها فيزداد المهر لذلك ويقل، وقد يكون الحى وأهل القرية لهم عادة فى الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات، واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها، فقال فى رواية حنبل: لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها، فاعتبرها بنساء العصبات خاصة، وهذا مذهب الشافعى، وقال فى رواية إسحاق بن هانئ لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها، اختاره أبو بكر، وهو مذهب أبى حنيفة وابن أبى ليلى، لأنهن من نسائها، والأولى أولى، فإنه قد روى فى قصة بروع: أن رسول الله ﷺ قضى فى بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها،

ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته، ويفارق ولد المغرور فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة ولهذا قوِّم بخلاف مسألتنا.

والثانى: له نصف قيمته، لأنه أصدقها عينين فلا يرجع فى إحداهما دون الأخرى ويقوم حالة الانفصال، لأنها أول حالة إمكان تقويمه وفى المسألة وجه آخر وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث.

فصل: وإن أصدقها أرضًا فبنتها دارًا أو ثوبًا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها قيمة البناء والصبغ فيكون له النصف أو تشاء هى أن تعطيه زائدًا فلا يكون لها غيره، وذكر الخرقى إنما كان له نصف القيمة، لأنه قد صار فى الأرض والثوب زيادة للمرأة وهى البناء والصبغ فإن دفعت إليه نصف الجميع زائدًا فعليه قبوله لأنه حقه وزيادة وإن بذل لها نصف قيمة البناء والغراس ليكون له النصف فقال الخرقى له ذلك، قال القاضى: هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لأنها لا تجبر على المعاوضة وهذه معاوضة، قال شيخنا: والصحيح أنها تجبر لأن الأرض حصلت له وفيها بناء لغيره فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الأرض بعد بناء المشترى فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشترى قبولها وكذلك إذا رجع المعير فى أرضه وفيها بناء أو غراس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها.

فصل: فإن أصدقها نخلاً حائلاً فأثمرت فى يده فالثمرة لها لأنها نماء ملكها فإن جدها بعد تناهيها وجعلها فى ظروف وألقى عليها صفرًا من صفرها وهو سيلان الرطب بغير خلع وهذا يفعله أهل الحجاز لحفظ رطوبتها لم تخل من ثلاثة أحوال.

أحدها: أن لا تنقص قيمة الثمرة والصفر بل كانا بحالهما أو زادا فإنه بردهما عليها ولا شيء عليه.

ولأن شرف المرأة معتبر فى مهرها وشرفها بنسبها، وأمها وخالتها لا تساويانها فى نسبها فلا تساويانها فى شرفها، وقد تكون أمها مولاة، وهى شريفة، وقد تكون أمها شريفة وهى غير شريفة، وينبغى أن يعتبر الأقرب فالأقرب فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب، ويعتبر أن تكون فى مثل حالها فى دينها وعقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وثيوبتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق، وأن تكون من أهل بلدها لأن عادة البلاد تختلف فى المهر، وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل إنما هو بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه، فإن لم يكن فى عصباتها من هو فى مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن، فإن لم يكن فأهل بلدها فإن لم يكن فنساء أقرب البلدان إليها، فإن لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها وإن لم يوجد الأخير منها نقصت بقدر نقصها.

الثانى: أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين **أحدهما**: أن يكون بعضهما متناهيا فإنه يدفعهما إليها وأرش نقصهما له، لأنه تعدى ما فعله من ذلك **الضرب الثانى**: أن لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان **أحدهما**: أنها تأخذ قيمتها لأنها كالمستهلكة **الثانى**: هى مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر بعضها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه.

الحال الثالث: أن لا تنقص قيمتها لكن إن أخرجها من ضروفها نقصت قيمتها فللزوج إخراجها وأخذ ضروفها إن كانت الضروف ملكه وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرنا وإن قال الزوج: أنا أعطيكها مع ضروفها فقال القاضى: يلزمها قبولها، لأن ضروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها، لأن الضروف عين ماله فلا يلزمه قبولها كالمنفصلة عنها فإن كانت بحالها إلا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه ينزع الصفر ويرد الثمرة، والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كالتى قبلها، وإن قال: أنا أسلمها مع الصفر والضروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفى الموضع الذى حكمنا أن له زيادة إذا قالت: أنا أرد الثمرة وآخذ الأصل فلها ذلك فى أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة فى البيع وقد ذكرنا ذلك فى موضعه.

فصل: إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالمًا بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لأنه وطء فى غير ملك وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طاوعته، لأن المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع، وإن ولدت فالولد رقيق للمرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو كان عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لا حق به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك، لأنه لا ملك له فيها وتجبر المرأة بين أخذها فى حال حملها وبين أخذ قيمتها، لأنه نقصها بإحبالها، وهل لها الأرش بعد ذلك؟ يحتمل أن لها الأرش لأنها نقصت بعدوانه أشبه ما لو نقصها

فـصل: ولا يجب مهر المثل إلا حالاً، لأنه بدل متلف، فـأشبه قيم المتلفات ولا يكون إلا من نقد البلد لمـا ذكرنا ولا تلزم الدية، لأنهـا لا تختلف باختـلاف صفات المـتلف لأنها مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعل من الحلول والتأجيل فلا يـعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الأبدال فيمن وجبت عليـه وكذلك فى تأجيلها تخفيفًا عنه بخـلاف غيرها فإن كانت عادة نسائها تأجيل المهر ففيه وجهان: أحدهما: يفرض حالاً لذلك، والثانى: يفرض مؤجلاً لأن مهر مثلها مؤجل وإن كان عادتهم أنهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا، وإن زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك، وهذا مذهب الشافعى فإن قيل: فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف التلف كـسائر المتلفات؟ قـلنـا: النكاح يخالف سائر المـتلفات، فإن سائر المتلفات المقصـود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفـين، والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم، ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات، فإن المرأة إذا كـانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسـائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفًا وإن كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقيل المهر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جريًا على عادتهم، والله أعلم.

الغاصب بذلك وقال بعض أصحاب الشافـعى فى الأرش: ههنا قولان وقال بعضهم: ينبغى أن يكون لها المطالبة بالأرش قولاً واحدًا لأن النقص حصل بفـعله الذى تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح.

فصل: وإن أصدق ذمى ذمية خمرًا فتخللت فى يدها ثم طلقها قبل دخوله بها احتمل أن لا يرجع عليهـا بشىء لأنها قـد زادت فى يدها بالتخليل والزيادة لهـا وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمـة لها وإنما يرجع إذا زادت فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها وإن تخللت فى يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لأن الزيادة لها ويحـتمل أن يكون الخل له وعليه نصـف مهر مثلهـا إذا ترافعا إلينا قـبل القبض أو أسلما أو أحدهما.

فـصل: إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتهـا عشر سنين صح، ذكره أبو بكر، لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان مـا لم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق ين كون الزوج موسرًا أو معسـرًا واختلف أصحاب الشافعـى فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قـال: لا يصح ضمان نفقة المعسر لأن غيـر المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة المـوسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال: لا يصح أصلاً لأنه ضمان ما لم يجب.

ولنا: أن الجهل لا يمنع صحـة الضمان بدليل صحة ضمـان نفقة المعسر مـع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا.

43- مـسـألة: **(والزوج هو الذى بيده عقدة النـكاح فإذا طلقها قبل الدخول فأيهـما عفا**

فـــصـل: إذا زوج السيد عـبده أمته فقال القـاضي: لا يجب مهر، لأنه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيـد على عبده مال، وقال أبو الخطاب: يجب المسـمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر إثباته.

وقال أبو عبد الله: إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود قيل: فإن طلقها؟ قال: يكون الصـداق عليه إذا أعتق قيل: فـإن زوجها منه بغـير مهر؟ قـال: قد اختلفوا فـيه، فذهب جابر إلى أنه جائز.

لصاحبه عما وجب له من الأمر وهو جـائز الأمر فى ماله برئ منه صاحبه وعنه أنه الأب فله أن يعفو عن نصف صداق ابنته الصغيرة إذا طلقت قبل الدخول).

اختلف أهل العلم فى الذى بيده عقـدة النكاح فظاهر مذهب أحمد: أنه الزوج روى ذلك عن على وابن عباس وجبير بن مطعم ﷺ وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد بن جبير ونافع مولى ابن عمر ومجاهد وإياس بن معـاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبى والثورى وأصحاب الرأى والشـافعى فى الجديد وعن أحـمد: أنه الولى إذا كان أبا الصغـيرة وهو قول الشافعى القـديم إذا كان أبًا أو جدًا وحكى عن ابن عباس وعلقـمة والحسن وطاوس والزهرى وربيعة ومالك أنه الولى لأن الولى بعد الطلاق هو الذى بيـده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج، ولأن الله تعالى ذكـر عفو النساء عن نصيـبهن فينبغى أن يكون عـفو الذى بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه فى الموضعين واحدًا، ولأن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٧) ثم قال ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وهذا خطاب غير حاضر.

ولنا: ما روى الدارقطنى بإسناده عن عمرو بن شـعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه قال: «ولى العقدة الزوج»[1] ولأن الذى بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعة وفسخه وإمـساكه وليس للولى منه شيء، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَأَن تَعْفُـوا أَقْرَبُ لِلتَّـقْوَىٰ﴾ ولأن المهر مال للزوجة فلا يملك الولى هبته وإسقـاطه كغيره من أموالها وحقوقها كسائر الأولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر إلى الغائب كقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا كُنتُمْ فِى الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ﴾ (يونس: ٢٢) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول ينصف المهر بينهما فإن عفى الزوج لها عن النصف الذى له كمل لها الصداق جميعه وإن عفت المرأة عن النصف الذى لها منه وتركت له جميع الصداق جاز إذا كان العافى منهما رشيدًا جائز الأمر فى ماله فـإن كان صغيـرًا أو سفيـهًا لم يصح عفوه، لأنه ليس لـه التصرف فى ماله بهـبة ولا إسقاط ولا يصح عفو الولى عن الزوجة أبًا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة نص عليه أحمد فى رواية الجماعـة، روى عنه ابن منصور إذا طلق وهى بكر قبل أن يدخل بها فـعفا أبوها أو

---

(1) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٧٩) والبيهقى فى السنن (٧/ ٢٥١) وهو غير محتج به لضعف ابن لهيعة.

١٢١٠- **مسألة:** قال: (وإذا خلا بها بعد العقد فقال: لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما وكان حكمهما حكم الدخول فى جميع أمورهما إلا فى الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثًا أو فى الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان).

وجملة ذلك: أن الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر، وبه قال على بن الحسين وعروة وعطاء الوزهرى والأوزاعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وهو قديم قولى الشافعى، وقال شريح والشعبى وطاوس وابن سيرين والشافعى فى الجديد: لا يستقر إلا بالوطء وحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وروى نحو ذلك عن أحمد، وروى عنه يعقوب بن بختان أنه قال: إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٣٧) وهذه قد طلقها قبل أن يمسها، وقال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ (النساء: ٢١) والإفضاء الجماع، ولأنها مطلقة لم تمس أشبهت من لم يخل بها.

ولنا: إجماع الصحابة ﷺ، روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابًا أو أرخى سترًا فقد وجب المهر ووجبت العدة[٥١] ورواه أيضًا عن الأحنف عن عمر وعلى، وعن سعيد بن المسيب وعن زيد ابن ثابت: عليها العدة ولها الصداق كاملاً، وهذه قضايا تشتهر، ولم يخالفهم أحد فى

زوجها: ما أرى عفو الأب إلا جائزًا، قال أبو حفص: ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولاً لأبى عبد الله قديمًا فظاهر قول أبى حفص أن المسألة رواية واحدة، وأن أبا عبد الله رجع عن قوله بجواز عفو الأب وهو الصحيح لأن مذهبه أن لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ولا إعتاق عبيده ولا تصرفه لهم إلا بما فيه مصلحتهم ولاحظ لها فى هذا الإسقاط فلا يصح، وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط أحدها: أن يكون أبًا لأنه الذى يلى مالها ولا يتهم عليها **الثانى**: أن تكون صغيرة ليكون وليًا على مالها فإن الكبيرة تلى مال نفسها **الثالث**: أن تكون بكرًا لتكون غير متبذلة، ولأنه لا يملك تزويج الثيب وإن كانت صغيرة إلا على بعض الوجوه فلا تكون ولايته عليها تامة **الرابع**: أن تكون مطلقة، لأنها قبل الطلاق

---

(٥١) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٥٥، ٢٥٦) من طريق سعيد بن منصور ثنا هشيم بن عوف عن زرارة بن أوفى به... وقال: هذا مرسل، زرارة لم يدركهم رويناه عن عمر وعلى ﷺ موصولاً وأخرجه ابن أبى شيبة فى كتاب «النكاح» باب: إذا أغلق الباب وأرخى الستر (٤/ ٢٣٥). وسعيد بن منصور (١/ ٢٠٢) والدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٣٠٧) من حديث عمر بلفظ: إذا أجيف الباب وأرخيت الستور فقد وجب المهر، وإسناده صحيح.

عصـرهم فكان إجمـاعًا، ومـا رووه عن ابن عباس لا يصـح، قال أحمـد: يرويه ليث وليس بالقوى، وقـد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث وحنظلة أقـوى من ليث، وحديث ابن مسـعود منقطع، قاله ابن المنذر، ولأن الـتسليم المسـتحق وجد من جهتـها فيسـتقر به البدل كـما لو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو باعتها وسلمتها.

وأما قـوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ (البـقرة: ٢٣٧) فيحتـمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذى هو الخلوة بدليل ما ذكرناه، وأما قوله: ﴿وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ (النسـاء: ٢١) فقـد حكى عن الفراء أنه قال: الإفـضاء: الخلوة دخل بها أو لم يدخل، وهذا صـحيح، فإن الإفضـاء مأخوذ من الفضاء وهـو الخالى فكأنه قال: وقد خلا بعـضكم إلى بعض، وقول الخرقى حكمـهما حكم الدخول فـى جميع أمورهمـا يعنى فى حكم ما لو وطئهـا من تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها إذا طلـقها حتى تنقضى عدتها وثبوت الرجعة له عليها فى عدتها، وقال الثورى وأبو حنيفة: لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ (البقرة: ٢٢٨) ولأنها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طـلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها، ولها عليه نفقة العدة والسكنى، لأن ذلك لمن زوجـها عليها الرجعة ولا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثًا لقـول النبى ﷺ لامرأة رفاعة القُـرَظِىِّ «أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك»(٥٢) ولا الإحصان، لأنه يعتبر لإيجاب الحد، والحدود تدرأ بالشبهات، ولا الغسل، لأن موجبات الغسل خمسة وليس هذا منها، ولا يخرج

معرضـة لإتلاف البضع **والخـامس**: أن يكون قبل الدخول، لأن ما بعـده قد أتلف البضع فلا يعفو عن بدل متلف، ومذهب الشافعى على نحو هذا إلا أنه يجعل الجد كالأب.

فصل: ولو ماتت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل امرأته ما يفسخ نكاحها برضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أو ردة أو بصفة كطلاق من السفيه أو رضاع من أجنبية لم ينفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك ولم يكن لوليهن العفو عن شىء من الصـداق رواية واحدة وهذا قول الشـافعى، والفـرق بينهم وبين الصغـيرة أن وليـها أكسبها المهر بتزويجها وههنا لم يكسبه شيئًا إنما رجع المهر إليه بالفرقة.

فصل: إذا عفت المرأة عن صداقها الذى لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته إياه بعد قبضه وهى جائزة الأمر فى مالها جاز ذلك وصح بغير خلاف علمناه لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَن يَعْفُونَ﴾ يعنى الزوجات، وقـال تعالى ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ (النساء: ٤) قال أحمد فى رواية المروذى: ليس بشىء قال الله تعالى: ﴿فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ عنى المهر تهبـه المرأة للزوج، وقال علقمة لامرأته: هبى لى من الهنىء المـرىء يعنى من صداقها

(٥٢) تقدم برقم (٤١ مسألة رقم ١١٧٨).

به من العنة، لأن العنة العجز عن الوطء فـلا يزول إلا بحقيقة الوطء، ولا تحصل بـه الفيئة، لأنها الرجوع عـما حلف عليه، وإنما حلف على ترك الـوطء، ولأن حق المرأة لا يحصل إلا بنفس الوطء، ولا تفسد به العبادات ولا تجب به الكفارة.

وأما تجريم الربيبة فعن أحمـد: أنه يحصل بالخلوة، وقال القاضى وابن عقيل لا تحرم، وحمل القاضى كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين فى أن ذلك يحرم والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) والدخول كناية عن الوطء، والنص صريح فى إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه.

١٢١١- **مسألة:** قال: **(وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من هذه الأشياء).**

اختلفت الرواية عن أحمد فـيما إذا خلا بها وبهما أو بأحدهمـا مانع من الوطء كالإحرام والصيـام والحيض والنفاس، أو مـانع حقيـقى، كالجب والعنة أو الرتق فى المـرأة، فعنه أن الصداق يستقر بكل حال، وبه قال عطاء وابن أبى ليلى والثورى لعموم ما ذكرناه من الإجماع، وقال عمـر فى العنين: يؤجل سنة، فإن هو غشيهـا، وإلا أخذت الصداق كاملاً وفـرق بينهما وعليها العدة، ولأن التسليم المستحق عليـها قد وجد، وإنما الحيض والإحرام والرتق من غير جهتـها فلا يؤثر فى المهر، كـما لا يؤثر فى إسقاط النفقـة، وروى أنه لا يكمل به الصداق، وهو قول شريح وأبى ثور، لأنه لا يتمكن من تسلمها، فلم تستحق عليه مهرًا بمنعها، كما لو منعت تسليم نفسها إليه يحققـه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبى أو من العاقد كالإجارة، وعن أحمـد رواية ثالثة إن كانا صائمين صوم رمضـان لم يكمل الصداق، فإن كان غيره كمل، قال أبو داود: وسمعت أحـمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان فى

وهل لها أن ترجع فيمـا وهبت زوجها؟ فيه روايتان عن أحمـد واختلاف من أهل العلم ذكرناه فيما مضى.

فـصل: إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهـر بينهما لم يخل من أن يكون عينًا أو دينًا فإن كـان دينًا لم يخل إما أن يكون فى ذمة الـزوج لم يسلمه إليهـا أو فى ذمتهـا بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف فى يدها وأيهـما كان فإن للذى له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقـول عفـوت عن حقى من الصـداق أو أسقطتـه أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبـتكه أو أحللتك منه أو أنت عنه فى حل أو تركـته لك أى ذلك سقط به المهـر وبرئ منه الآخر، وإن لم يقبله لأنه إسـقاط حق فلم يفتـقر إلى قبول كـإسقاط القـصاص والشفعـة والعتق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عـدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد وبرئ منه لمـا ذكرناه، وإن أحب العفو مـن الصداق فى ذمته لم يصح العـفو، لأنه إن كان فى ذمة الزوج فقـد سقط عنه

غير رمضان فـأغلق الباب وأرخى الستر، قال: وجب الصداق، قيل لأحمد: فـشهر رمضان؟ قال: شهر رمضان خلاف لهذا، قيل له فكان مسافراً فى رمضان، قال: هذا مفطر يعنى وجب الصـداق، وهذا يدل على أنه متى كـان المـانع متـأكداً كـالإحرام وصـوم رمضـان لم يكمل الصداق.

وقـال القاضى: إن كـان المـانع لا يمنع دواعى الوطء كـالجب والعنة والرتق والمـرض والحيض والنفاس وجب الصداق وإن كان يمنع دواعيه كالإحرام وصيام الفرض فعلى روايتين، وقال أبو حنيفة: إن كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق وإن كان من جهته صيام فرض أو إحرام لم يستقـر الصداق، وإن كان جبّاً أو عنة كمل الصداق، لأن المـانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكمل حقها كـما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت نفسها إليه.

فصل: وإن خلا بها وهى صغيرة لا يمكن وطؤها، أو كانت كبيرة فمنعته نفسها، أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه، لم يكمل صداقها، نص عليه أحمد فى المكفوف يتزوج المرأة فأدخـلت عليه فـأرخى الستـر وأغلق الباب، فـإن كان لا يعلم بدخـولها عليـها فلهـا نصف الصداق، وأومأ إلى أنها إذا نشزت عليه أو منعته نفـسها لا يكمل صداقها، وذكره ابن حامد، وذلك لأنه لم يوجد التمكـين من جهتها فـأشبه ما لو لم يخل بها وكـذلك إن خلا بها، وهو طفل لا يتـمكن من الوطء لم يكمَل الصداق، لأنه فى مـعنى الصغـيرة فى عدم التـمكين من الوطء.

فـــصل: والخلوة فى النكاح الفاسد لا يجب بهــا شىء من المهر لأن الصداق لم يجب بالعقـد وإنما يوجـبه الوطء ولم يوجـد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخـول فأشـبه ذلك

بالطلاق، وإن كان فى ذمة الزوجة فـلا يثبت فى ذمتها إلا النصف الذى يستـحقه الزوج، وأما النصف الذى لها فهو حـقها تصرفت فيه، وإنما يتجـدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت فى ذمتهــا غيره وأيهما أراد تكمـيل الصداق لصاحبه فإنه يـتجدد له هبة مبتـدأة، وأما إن كان الصداق عينًا فى يد أحدهما فعفى الذى هو فى يده للآخـر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ولا تصح بلفظ الإبراء والإسـقاط ويفتقر إلى القبـض فيما يشترط القـبض فيه، وإن عفى غير الذى هو فى يده صح بهـذه الألفاظ وافتقر إلى مضى زمان يتأتى القـبض فيه إن كان الموهوب مما يفتقر إلى القبض، وفيه اختلاف ذكرناه فى الهبة.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **وإذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليهـا بنصفه وعنه:** لا يرجع بشىء، وإن ارتدت قبل الدخول فـهل يرجع عليها بجميعه؟ على الروايتين إذا أصدق امرأته عينًا فوهبتها له ثم طلقها قبل أن يدخل بها فعن أحمد فيه روايتان:

الخلوة، بالأجنبية، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة فى الصحيح، لأن الابتداء بالخلوة فيه كـالابتداء بذلك فى النكاح الصحيح فيتقرر به المـهر كالصحيح، والأولى أولى.

فـــصـل: فإن استمتع بامـرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غيـر خلوة كالقبلة ونحوها، فالمنصوص عن أحمد أنه يكمل به الصداق فإنه قال: إذا أخذها فـمسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملاً إذا نال منها شيئًا لا يحل لغيره، وقال فى رواية مهنا: إذا تزوج امرأة ونظر إليها وهى عريانة تغتسل أوجب عليه المهر، ورواه عن إبراهيم: إذا اطلع منها على ما يحرم على غيـره فعليه المهر لأنه نوع استمـتاع فهو كالقبلة، قـال القاضى: يحتمل أن هذا ينبنى على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك، وفيـه روايتان فيكون فى تكميل الصداق به وجهان:

أحدهـما: يكمل به الصداق، لما روى الدارقطنى عن محمـد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال: قال رسـول الله ﷺ: «من كشف خـمار امـرأة ونظر إليهـا وجب الصداق دخل بهـا أو لم يدخل»(٥٣) ولأنه مسيس فيدخل فى قوله: ﴿**مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ**﴾ (البقرة: ٢٣٧) ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء.

والوجـــه الآخـــر: لا يكمل به الصـداق، وهو قول أكثـر الفقـهاء، لأن قولـه تعالى: ﴿**تَمَسُّوهُنَّ**﴾ إنما أريد به فى الظاهر الجماع، ومـقتضى قوله: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ**﴾ أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها، ولا تجب عليها العدة ترك عمومه فيمن خلا بها للإجماع الوارد عن الصحابة، فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم.

فـــصـل: إذا دفع زوجته فـأذهب عذرتها ثم طلقها قبـل الدخول، فليس عليه إلا نصف

إحـداهـمـا: يرجع عليها بنصف قيـمتها اختاره أبو بكر وهو أحد قـولى الشافعى، لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف فلا يمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبها لأجنبى ثم وهبها له.

والرواية الثـانية: لا يرجع عليها وهو قول مالك والمـزنى وأحد قولى الشافعى وقول أبى حنيفـة إلا أن تزيد العين أن تنقص ثم تهبهـا له، لأن الصداق عاد إليه فلو لم تهـبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لا يـقتضى ضمانًا، ولأن نصف الصداق تعجل إليه بالهـبة فإن كان الصداق دينًا فأبرأته منه فإن قلنا: لا يرجع ثم فههنا أولى، وإن قلنا: يرجع ثم خرج ههنا وجهان:

---

(٥٣) أخـرجه الدارقـطنى فى «السنن» (٣/ ٣٠٧/ ٢٣٢) وأبو داود فى المـراسـيل (٢١٤) والبيـهـقى فى «السنن» (٧/ ٢٥٦) من طريق محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبى ﷺ وإسناده ضعيف. وقال البيهقى: وهذا منقطع، وبعض رواته غير محتج به والله أعلم.

صداقها، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الصداق كاملاً، لأنه أذهب عذرتها فى نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملاً كما لو وطئها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (البقرة: ٢٣٧)وهذه مطلقة قبل المسيس، فأشبه ما لو لم يدفعها ولأنه أتلف ما يستحق إتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عـذره أمته، ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملاً، لأن أحمد قال: إن فـعل ذلك أجنبى عليه الصداق ففيما إذا فـعله الزوج أولى فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقرير المـهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليهـا وفيمن نظر إليها وهى عريانة عليه الصداق كاملاً فهذا أولى.

فـصل: وإن دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بإصبعه أو غيرها فقال أحمد: لها صداق نسائها، وقال: إن تزوج امرأة عذراء فدفعها هو وأخوه فأذهبا عذرتها ثم طلّقها قبل الدخول، فعلى الزوج نصف الصداق وعلى الأخ نصف العقد(٥٤) وروى ذلك عن على وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبـد الملك بن مروان، وقال الشافعى ليس عليه إلا أرش بكارتها لأنه إتلاف جزء لم يرد الشـرع بتقدير عوضه فـرجع فى ديته إلى الحكومة كسـائر ما لم يقدر عليه لأنه إذا لم يكمل به الصداق فى حق الزوج ففى حق الأجنبى أولى.

ولنا: ما روى سعـيد قال: حدثنا هشـيم حدثنا مغيرة عن إبراهـيم «أن رجلاً كانت عنده يتيمة فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها: إنها فجرت، فـأخبر عليّا رضي الله عنه بذلك، فأرسل على إلى امرأته والنسـوة فلما أتينه لم يلبثن أن

أحدهما: لا يرجع، لأن الإبراء إسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الأعيان ولهذا لا يفتقر إلى قبول، ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئًا، ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما.

والثـانى: يرجع لأنه عاد إليه بغير الطلاق فهـو كالعين والإبراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها فإن قبضت الدين منه ثم وهبـته له ثم طلقها فهو كهبة العين، لأنه تـعين بقبضه، وقال أبو حنيفة: يرجع ههنا لأن الصداق قد استوفته كله ثم تصـرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما وهبته أجنبيّا، ويحتمل أن لا يرجع، لأنه عاد إليه ما أصدقها فأشبه ما لو كان عينًا فقبضتها ثم وهبتها، وإن وهـبته العين وأبرأته من الدين ثم فسخت النكـاح بفعل من جهتها كـإسلامها أو ردتها أو رضاعها لمن يفسـخ نكاحها إرضاعه ففى الرجوع عليها بجمـيع الصداق روايتان كما فى الرجوع فى النصف سواء.

---

(٥٤) فى نسخه: العَقْرِ.

اعترفن بمـا صنعن، فقال للحسن بن على: اقض فيـها يا حسن فقال: الحد على من قـذفها والعقر عليهـا وعلى الممسكات، فقال على: لو كلفت الإبل طحنًا لطحنت ومـا يطحن يومئذ بعير(٥٥)، وقال: حدثنا هشيم قال: حدثنا إسماعيل بن سالم، حدثنا الشعبى أن جوارى أربعًا قالت إحداهن: هى رجل، وقـالت الأخرى: هى امرأة، وقالت الثالـثة: هى أبو التى زعمت أنهـا رجل، وقالت الرابعـة: هى أبو التى زعمت أنهـا امرأة، فـخطبت التى زعمت أنهـا أبو الرجل إلى التى زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها، فعمدت إليهـا فأفسدتها بإصبعها، فرفع ذلك إلى عبـد الملك بن مروان فـجعل الصداق بيـنهن أرباعًا، وألغى حصـة التى أمكنت من نفسها، فبلغ عبد الله بن معقـل فقال: لو وليت أنا لجعلت الصداق على التى أفسدت الجارية وحدها» وهذه قصص تنتشر فلم تنكر فكانت إجماعًا، ولأن إتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فإذا أتلفه أجنبى وجب المهر كمنفعة البضع.

١٢١٢- مـسـألة: قـال: **(والزوج هو الذى بيده عقدة النـكاح، فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر فى ماله برئ منه صاحبه).**

اختلف أهل العلم فى الذى بيده عقده النكاح، فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه الزوج، روى ذلك عن على وابن عبـاس وجبيـر بن مطعم ﷺ، وبه قال سعـيد بن المسـيب وشريح وسعيد بن جبير ونافع بن جبيـر ونافع مولى ابن عمر ومجاهد وإياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى والشافعى فى الجديد، وعن أحمد أنه الولى إذا كان أبـا للصغيـرة وهى الشافـعى القديم إذا كـان أبًا وجدًا، وحكى عن ابن عـباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهرى وربيعة ومالك: أنه الولى، لأن الولى بعد الطلاق هو الذى بيده عـقدة النكاح، لكونهـا قد خـرجت عن يد الزوج ولأن الله تعالى ذكـر عفو الـنساء عن نصيبـهن فينبغى أن يكون عفو الذى بيده عـقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه فى المـوضعين واحدًا، ولأن الله تعالى بدأ بخطـاب الأزواج على المـواجهة بقوله: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ**

فـصل: فإن أصدقها عبدًا فوهبته ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين فإن قلنا إذا وهبتـه الكل لم يرجع بشىء رجع ههنا فى ربعه، وعلى الرواية الأخـرى يرجع فى النصف الباقى كله، لأنه وجده بعينه وبهذا قال أبو يوسف ومـحمد والمزنى وقال أبو حنيفة: لا يرجع بشىء لأن النصف حصل فى يد فقد استعجل حقه، وقال الشافعى: فى أحد أقواله كقولنا.

والثانى: له نصف الباقى ونصف قيمة الموهوب.

والثالث: يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف.

ولنا: أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فأشبه ما لو لم تهبه شيئًا.

---

(٥٥) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٨٥/ ٢١٤٩).

أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ ثم قال: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ (البقرة: ٢٣٧) وهذا خطاب غير حاضر.

ولنا: ما روى الدارقطنى بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه قال: «ولى العقدة الزوج»[٥٦] ولأن الذى بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه، وليس إلى الولى منه شيء ولأن الله تعالى قال: ﴿وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ (البقرة: ٢٣٧) والعفو الذى هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقه، أما عفو الولى عن مال المرأة فليس هو أقرب إلى التقوى، ولأن المهر مال للزوجة، فلا يملك الولى هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها وكسائر الأولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب كقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا كُنتُمْ فِى الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ﴾ (يونس: ٢٢) وقال تعالى: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِن تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُم مَّا حُمِّلْتُمْ﴾ (النور: ٥٤) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما، فإن عفا الزوج لها عن النصف الذى له كمل لها الصداق جميعه، وإن عفت المرأة عن النصف الذى لها منه وتركت له جميع الصداق جاز، إذا كان العافى منهما رشيدًا جائزًا تصرف فى ماله، وإن كان صغيرًا أو سفيهًا لم يصح عفوه، لأنه ليس له التصرف فى ماله بهبة ولا إسقاط، ولا يصح عفو الولى عن صداق الزوجة أبًا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة، وروى عنه ابن منصور: إذا طلق امرأته وهى بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الأب إلا جائزًا، قال أبو حفص: ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولاً لأبى عبد الله قديمًا، وظاهر قول أبى حفص: أن المسألة رواية واحدة وأن أبا عبد الله رجع عن قوله بجواز عفو الأب، وهو الصحيح، لأن مذهبه أنه لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ولا إعتاق عبيده ولا تصرفه له إلا بما فيه مصلحته ولا حظ لها فى هذا الإسقاط فلا يصح وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط: أن يكون أبًا لأنه الذى يلى مالها ولا يتهم عليها، **الثانى:** أن تكون صغيرة ليكون وليًا على مالها فإن الكبيرة تلى مالها نفسها، **والثالث:** أن تكون بكرًا لتكون غير مبتذلة ولأنه لا يملك تزويج الثيب وإن كانت صغيرة فلا تكون ولايتها عليه تامة، **الرابع:** أن تكون مطلقة لأنها قبل الطلاق معرضة لإتلاف البضع، **الخامس:** أن تكون قبل الدخول لأن ما بعده قد أتلف البضع، فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعى على نحو من هذا إلا أنه يجعل الجد كالأب.

---

(٥٦) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٧٩) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٥١) من طريق ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ . . . وقال البيهقى: وهذا غير محفوظ وابن لهيعة غير محتج به، والله أعلم.

فـصـل: ولو بانت امرأة الصغيـر أو السفيه أو المجنون على وجه يسـقط صداقها عنهم، مثل أن تفعل امرأته ما ينفسخ به نكاحها من رضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أو ردة أو نصفة لطلاق السفيـه أو رضاع من أجنبية لمن ينفـسخ نكاحها برضاعه أو نحـو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة، وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولاً واحدًا، والفرق بينهم وبين الصغير أن وليها أكسبها المهر بتزويجـها وهـهنا لم يكسبه شيئًا إنما رجع المهر إليه بالفرقة.

فـصـل: وإذا عفت المرأة عن صداقها الذى لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضه وهى جائزة الأمر فى مالها جاز ذلك وصح، ولا نعلم فيه خلافًا لقول الله تعالى: ﴿**إِلاَّ أَن يَعْفُونَ**﴾ (البقرة: ٢٣٧) يعنى الزوجات وقال تعالى: ﴿**فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**﴾ (النساء: ٤) قال أحمد فى رواية المروذى: ليس شيء، قال تعالى: ﴿**فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**﴾ سماه غير المهر تهبه المـرأة للزوج وقال: علقمة لامرأته هيئى لى من الهنيء المريء يعنى من صداقها، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها؟ فيه عن أحمد روايتان، واختلاف بين أهل العلم ذكرناه فيما مضى.

فـصـل: إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون دينًا، أو عينًا، فإن كان دينًا لم يخل إما أن يكون دينًا فى ذمة الزوج لم يسلمه إليها أو فى ذمتها بأن تكون قد قبضـته وتصرفت فيه أو تلف فى يدها، وأيهـما كان فإن للذى له الدين أن يعفـو عن حقه منه بأن يقول: عفوت عن حقى من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتك أو أحللتك منه وأنت منه فى حل أو تركته لك، وأى ذلك قال: سقط به المهر وبرئ منه الآخر، وإن لم يقبله لأنه إسقاط حق فلم يفـتقر إلى قبول كإسقاط القصـاص والشفعة والعتق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد منه وبرئ منه لما ذكرناه وإن أحب العفـو من الصداق فى ذمتـه لم يصح العفو لأنه إن كـان فى ذمة الزوج فقـد سقط عنه بالطلاق، وإن كان فى ذمة الزوجة فـلا يثبت فى ذمتها إلا النصف الذى يستـحقه الزوج، وأما النصف الذى لها فهو حقها تصرفت فيه فلم يثبت فى ذمتها منه شيء، ولأن الجميع كان ملكًا لها تصرفت فيه وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت فى ذمتها غير ذلك، وأيهما أراد تكميل الصـداق لصاحـبه فإنه يجـدد لها هبة مـبتدأة، وأمـا إن كان الصـداق عينًا فى يد أحدهما فعفا الذى هو فى يده للآخر فهـو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ولا تصح بلفظ الإبراء والإسقاط، ويفتقـر إلى القبض فيما يشترط القبض فيـه وإن عفا غير الذى هو فى يده صح بهذه الألفاظ وافتقر إلى مضى زمن يتأتى القبض فـيه إن كان الموهوب مما يفتقر إلى القبض.

فـــصل: إذا أصدق امرأته عـينًا فوهبتها له ثم طلقهـا قبل الدخول بها فعن أحـمد فيه روايتان:

إحـداهمـا: يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اخـتيار أبى بكر وأحد قولى الشافعى، لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبتها لأجنبى ثم وهبتـها له. **والرواية الثـانية:** لا يرجع عليها وهو قول مـالك والمزنى وأحد قولى الشافعى وهو قـول أبى حنيفة إلا أن تزيد العيـن أو تنقص ثم تهبها له، لأن الصـداق عاد إليه ولو لم تهبـه لم يرجع بشىء وعقـد الهبة لا يـقتضى ضـمانًا، ولأن نصف الصـداق تعجل له بالهبة، فإن كان الصداق دينًا فأبرته منه، فإن قلنا: لا يرجع ثم فهـهنا أولى وإن قلنا: يرجع ثم خرج هـهنا وجهان: **أحدهما:** لا يرجع لأن الإبراء إسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الأعيان ولهذا لا يفتقر إلى قبول، ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئًا ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما، **والثـانى:** يرجـع، لأنه عاد إليه بغير الطلاق فهو كالعين والإبراء بمنزلة الهبة، ولهذا يصح بلفظها، وإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العـين لأنه تعين بقبضه، وقال أبو حنيفة: يرجع هـهنا لأن الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنبيًا، ويحتمل أن لا يرجع لأنه عاد إليه ما أصدقهـا فأشبه ما لو كان عينًا فقبضتها ثم وهبـتها أو وهبته العين أو أبرأته من الدين ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها كإسلامها أو ردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ نكاحها برضاعه ففى الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما فى الرجوع بالنصف سواء.

فـصل: وإن أصدقها عبدًا فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين، فإن قلنا إذا وهبته الكل لم يرجع بشىء رجع هـهنا فى ربعه، وعلى الرواية الأخرى: يرجع فى النصف الباقى كله لأنه وجده بعينه، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والمزنى، وقال أبو حنيفة: لا يرجع بشىء لأن النصف حصل فى يده فقـد استعجل حقه، وقال الشـافعى فى أحد أقواله كقولنا، **والثانى:** له نصف النصف الباقى ونصف قيمة الموهوب، **والثالث:** يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف.

ولنا: أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فأشبه ما لو لم تهبه شيئًا.

فـصل: فإن خالع امرأته بنصف صداقـها قبل دخوله بها صح، وصار الصـداق كله له، نصفه بالطلاق ونصفـه بالخلع، ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه، لأنه إذا خالعـها بنصفه مع علمه أن النصـف يسقط عنه صار مـخالعًا بنصـف النصف الذى يبقى لها فـيصـير له النصف

فـصل: وإن خالع امرأته بنصف صداقـها قبل الدخول بها صح، وصار الصداق كله له نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ويحتمل أن يصيـر له ثلاثة أرباعه لأنه إذا خلعها بنصفه مع علمه

بالطلاق والربع بالخلع، وإن خالعها بمثل نصف الصداق فى ذمتها صح وسقط جميع الصداق نصفه بالطلاق ونصفـه بالمقاص﴿ة بما فى ذمتهـا له من عوض الخلع، ولو قالت له: اخلعنى بما تسلم لى من صداقى ففعل صح وبرئ من جـميع الصداق وكذلك إن قالت: اخلعنى على أن لا تبعة عليك فى المهر صح وسقط جميعه عنه، وإن خالعته بمثل جميع الصداق فى ذمتها صح ويرجع عليهـا بنصفه، لأنه يسـقط نصفه بالمقـاصة بالنصف الذى لها عليـه ويسقط عنه النصف بالطلاق يبقى له عليـها النصف، وإن خالعتـه بصداقها كله فكذلك فى أحـد الوجهين وفى الآخر لا يرجع علـيها بشىء لأنه لمـا خالعهـا به مع علمه بسـقوط نصفـه بالطلاق كان مخالعًا لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شىء.

فصل: وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده، وسواء فى ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر، وكذلك من سمى لها مهر فاسد كالخمر والمجهول، لأن المهر واجب فى هذه المواضع، وإنما جهل قدره والبراءة من المجهول صحيحة، لأنها إسقاط فصحت فى المجهول كالطلاق، وقال الشافعى: لا تصح البراءة فى شىء من هذا، لأن المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الإبراء مـما لم يجب وغيرها مهرها مجهـول والبراءة من المجهول لا تصح إلا أن تقول: أبرأتك من درهم إلى ألف فـيبرأ من مهرها إذا كـان دون الألف، وقد دللنا على وجوبه فـيما مضى فـيصح الإبراء منه كمـا لو قالت: أبرأتك من درهم إلى ألف، وإذا أبرأت المفوضـة ثم طلقت قبل الدخول، فإن قلنا: لا يرجع إلى المسـمى لها لم يرجع هـهنا، وإن

أن النصف يسقط عنه صـار مخالفًا بنصف النصف الذى يـبقى لها فيصـير له النصف بالطلاق والربع بالخلع، وإن خالعها بنصف مثل الصداق فى ذمتـها صح وصار جميع الصداق له نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما فى ذمتها له عوض الخلع، ولو قالت: أخلعنى بما تسلم لى من صداقى فقد صح، وبرئ من جميع الصـداق وكذلك لو قالت: اخلعنى على أن لا تبعة عليك فى المهر صح ويسـقط جميعه عنه، وإن خالعـته بمثل جميع الصداق فى ذمـتها صح ويرجع عليها بنصفه، لأنه يسقط نصفه بالمـقاصة بالنصف الذى لها عليه ويسقط عنه النصف يبقى له عليها النصف وإن خالعته بصداقهـا كله فكذلك فى أحد الوجهين، وفى الآخر لا يرجع عليها بشىء لأنه لما خالعها بـه مع العلم بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعًا لهـا بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شىء.

فصل: وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده، وسواء فى ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر وكذلك من سمى لها مهـر فاسد كالمهر المجهول لأن المهر واجب فى هذه المواضع وإنمـا جهل قدره والـبراءة من المجـهول صحـيحة لأنهـا إسقاط فـصحت فى المجهول وقال الشافعى: لا تصح البراءة فى شىء من هذا لأن المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الإبراء مما لم يجب وغيـرها مهرها مجهول والبراءة من المـجهول لا تصح إلا أن تقول

قلنا يرجع ثمَّ احتمل أن لا يرجع هـهنا، لأن المهر كله سقط بالطلاق ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء، ويحتمل أن يرجع لأنه عاد إليه مهرها بسبب غير الطلاق وبكم يرجع؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المـثل، لأنه الذى وجب بالعقد فهو كنصف المفـروض ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة، لأنها التى تجب بالطلاق فأشبهت المسمى.

فـصل: وإن أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقهـا قبل الدخول فلا متعة لها، لأن المتعة قائمـة مقام نصف الصداق وهو أبرأت منه فصار كما لو قبضـته، ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا: إن الزوج لا يرجع عليها بشىء إذا أبرأت من جميع صداقها.

فـصل: ولو باع رجلاً عبدًا بمائة فأبرأه البائع مـن الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشترى بالعبد عيبًا فهل له رد المـبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ أرش العيب مع إمساكه؟ على وجهين بناء علـى الروايتين فى الصداق إذا وهبته المـرأة لزوجها ثم طلقهـا قبل الدخول، وإن كانت بحالها فوهب المشترى العبد للبائع ثم أفلس المشترى والثمن فى ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجهًا واحدًا لأن الثمن ما عاد إلى البائع منه شىء، ولذلك كان يجب أداؤه إليه قـبل الفلس بخلاف التى قبلهـا ولو كان عبـدًا ثم أسقط عنه مال الكتـابة برئ وعتق ولم يرجع على سيده بالقدر الذى كان يجب على السـيد أن يؤتيه إياه، وكذلك لو أسقط عنه القدر الذى يلزمه إيتـاؤه إياه واستوفى البـاقى لم يلزمه أن يؤتيه شـيئًا، لأن إسـقاطه عنه يقوم مـقام الإيتاء وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق ولا يصح لأن المرأة

أبرأتك من درهم إلى ألف فيبرأ من مهرها إذا كان دون الألف وسوف نذكر الدليل على وجوبه فيمـا يأتى فيصح الإبراء منه كمـا لو قال: أبرأتك من درهم إلى ألف فإذا أبرأت المـعوضة ثم طلقت قـبل الدخول فـإن قلنا: لا يرجع إلى المسـمى لها لم يـرجع ههنا، وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع هـهنا لأن المهر كله سقط بالطلاق ووجـبت المتعة بالطلاق ابتداء ويحتمل أن يرجع لأنه عاد إليه مهرها بسبب غيـر الطلاق وفيما يرجع به احتمالان: **أحدهـما:** يرجـع بنصف مهر المثل، لأنه الذى وجب بالعقد فهو نصف المفروض **والثانى:** يرجع بنصف المتعة لأنها التى تجب بالطلاق فأشبهت المسمى.

فـصل: فإن أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقـها قبل الدخول فلا متعة لها، لأن المتعـة قائمة مقام نصف الصـداق وقد أبرأته منه فصار كمـا لو قبضته ويحـتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا أنه لا يرجع عليها بشىء إذا أبرأته من جميع صداقها.

فـصل: إذا باع رجل عبدًا بمائة ثم أبرأ البائع من الثـمن أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشترى بالعبد عيبًا فهل له رد المـبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ أرش العيب مع إمساكه؟ على وجهين بناء علـى الروايتين فى الصداق إذا وهبته المـرأة لزوجها ثم طلقهـا قبل الدخول، وإن كانت بحالها فوهب المشترى العبد للبائع ثم أفلس المشترى والثمن فى ذمته فللبائع أن يضرب

أسقطت الصداق الواجب لها قيل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه وهـهنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب إيتـائه إياه فكان إسقاطه مقام إيتائه، ولهذا لو قبـضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع بشيء، ولو قبـضت المرأة صداقـها ووهبته لزوجـها ثم طلقها قـبل الدخول لرجع عليها فافترقا.

فصل: ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها، فإن كانت رشيدة لم يبرأ إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها، ولا يبـرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره، بكرًا كانت أو ثيبًا، قال أحمد: إذا أخذ مهر ابنـته وأنكرت فذاك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها، فقـيل له: أليس قال النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك؟»(٥٧) قـال: نعم، ولكن هذا لم يأخذ منهـا إنما أخذ من زوجـها، وهذا مذهب الشافـعى؛ وقال أبو حنيفـة: له قبض صداق البكر دون الثيب لأن ذلك العادة، ولأن البكر تستحى فقام أبوها مقامها كما قام مقامها فى تزويجها.

ولنا: أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقـها كالثيب أو عوض ملكته وهى رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها كثمن مبـيعها وأجر دارها، وإن كانت غير رشيدة سلمه إلى وليها فى مالها من أبيها أو وصيه أو الحاكم، لأنه من جملة أموالها فهو كثمن مبيعها وأجر دارها.

١٢١٣- **مـسـألة:** قال: **(وليس عليه دفع نفقة زوجتـه إذا كان مثلها لا يوطأ أو منع منها بغير عذر، فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة).**

بالثمن مع الغـرماء وجهًا واحدًا لأن الثـمن ما عاد منه إلى البائع وكـذلك كان يجب أداؤه إليه قبل الفلس بخلاف التى قبلها، ولو كاتب عبدًا ثم أسقط عنه مال الكتابة برئ وعتق ولم يرجع على سيده بالقـدر الذى كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه وكـذلك لو أسقط عنه القدر الذى يلزمه إيتـاؤه إياه واستوفى الباقى لم يلزمـه أن يؤتيه شيئًـا لأن اسقاطه عنه يقوم مـقام الإيتاء، وخرجـه بعض أصحـابنا على وجـهين بناء على الروايتـين فى الصداق ولا يصح لأن الـمرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه وههنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد بسبب إيتائه فقام إسقاطه مقام إيتائه ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع عليه بشيء، ولو قبضت المرأة صداقها أو وهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها فافترقا.

فصل: ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها، فإن كانت رشيدة لم يبرأ إلا بالتسليم إليهـا أو إلى وكيلها، ولا يبرأ بالتسليم إلى أبيهـا ولا إلى غيره بكرًا كانت أو ثيبًا.

قال أحمد: إذا أخذ مهر ابنته فـأنكرت فذلك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج

(٥٧) تقدم برقم (٣١) مسألة (١٢٠٢).

وجــملة ذلك: أن المرأة إذا كانت لا يوطأ مثلها لصغرها فـطلب وليها تسليمها والإنفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج، لأن النفقة فى مقابلة الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها، وإن كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أولياؤها فلا نفقة لها أيضًا، لأنها فى معنى الناشـز لكونها لم تسلم الواجب عليها فـلا يجب تسليم ما فى مقابلـته من الإنفاق، وكل موضع لزمته النفقة لزمه تسليم الصداق إذا طولب به، فأما الموضع الذى لا تلزمه نفقتها فيه كـالصغيرة والـمانعة نفسـها فقال أبو عـبد الله بن حامد: يجب تسليم الصـداق وهو قول الشافعى لأن المهر فى مـقابلة ملك البضع وقد ملكه بخلاف النفقة فإنهـا فى مقابلة التمكين، ورد قوم هذا وقـالوا: المهـر قد ملكتـه فى مقـابلة ما ملكه من بضـعهـا فليس لها المطـالبة بالاستيفاء إلا عند إمكان الزوج استيفاء العوض.

على أبيها، فقـيل له: أليس قال للنبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»(12) قـال: نعم ولكن هذا لم يأخذ منها إنما يأخــذ من زوجها وهذا مذهب الشافعى، وقال أبو حنيـفة: له قبض صداق البكر دون الثيب، لأن ذاك العادة، ولأن البكر تسـتحى فقام أبوها مقـامها كما قام مقـامها فى تزويجها.

ولنا: أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقـها كالثيب أو عوض ملكته وهى رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها كثمن مبيعها، وإن كانت غير رشيدة سلمه إلى وليها فى مالها من أبيها أو وصيه من الحاكم، لأنه من جملة أموالها فهو كأجرة دارها.

44- مـسـألة: (وكل فرقة جـاءت من قبل الزوج قبل الدخول كطلاقه وخلعـه وإسلامه وردته أو من أجنبى كالرضاع ونحوه يتنصف بها المهر بينهما).

لقـول الله تعـالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ثبت فى الطلاق وقسنا عليه سائر ما استـقل به الزوج، وأما فرقة الأجنبى كالرضاع ونحوه تسقط نصف المهر ويجب نصفه أو المتعة لغير من سمى لها، ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء الـفسخ من قبل أجنبى، لأنه قرره عليه، وإن قـتلت المرأة استقـر المهر جميـعه، لأنه فرقة حصلت الموت وأثـبتها النكاح أشبه مـا لو ماتت حتف أنفها سـواء قتلها زوجها أو أجنـبى، أو قتلت نفسهـا، أو قتل الأمة سيـدها، وإن طلق الحاكم على الزوج فى الإيلاء فهو كطلاقه، لأنه قام مقامه فى إيفاء الحق عند امتناعه منه.

45- مسألة: وكل فرقة جاءت من المرأة قبل الدخول كإسلامها أو ردتها أو رضاعها من ينفسخ النكاح برضاعة أو ارتضاعهـا وهى صغيرة أو فسخها لعنته وإعساره أو فسـخه لعيبها أو فسخـها لعتقها تـحت عبد فإنه يسقط به مـهرها ولا تجب للمتعة، لأنهـا أتلفت العوض قبل تسليمه، فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه.

---

(12) (سيأتى برقم ٢٨ مسألة رقم (١٢١٢).

فـصـل: وإمكان الوطء فى الصغيرة معتبر بحالـها واحتمالها لذلك، قاله القاضى، وذكر أنهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح وحدّه أحمد بتسع سنين فقال فى رواية أبى الحارث فى الصغيرة يطلبها زوجـها، فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ليس لهم أن يحبسـوها بعد التسع، وذهب فى ذلك إلى أن النبى ﷺ بنى بعـائشة وهى ابنة تسع[٥٨] قال القاضى: وهذا عندى ليس على طريق التحـديد وإنما ذكره لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتـاع بها، فمتى كانت لا تصلح للوطء لم يجب على أهلها تسليمـها إليه، وإن ذكر

46- مـسألة: (وفرقة للعان تخرج على روايتين: إحداهما: هى كطلاقه، لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه، فأشبه الخلع والثانية: يسقط به مهـرها، لأن الفسخ عقب لعانها فهو كفسخها لعيبه).

47- مـسألة: (وفى فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له وجهان).

إذا اشترت المرأة زوجها ففيه وجهان: أحدهـما: يتنصف به مهرها، لأن البيع الموجب للفسخ ثم بالسيد وبالمـرأة، فأشبه الخلع والثـانى: يسقط به المهر، لأن الفـسخ وجد عقيب قبولها فأشبه فسخها لعيبه، وكذلك شراء الزوج امرأته وإن جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها فى الطلاق فطلقت نفسها فهـو كطلاقه لا يسقط مهرها، لأن المرأة وإن باشرت الطلاق فهى نائبة عـنه ووكيلة عنه، وفعل الوكيل كـفعل الموكل فكأنه صدر عن مـباشرته، وإن علق طلاقها على فعل من قـبلها لم يسقط مهرها، لأن السبب منه وجد، وإنمـا هى حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب.

48- مـسألة: (وفرقة الموت يستقر بها المهر كله، كالدخول إذا كان المهر مسمى).

وفى المفوضـة اختلاف نذكره فى مواضعـه إن شاء الله نعالى، ولو قتلت نفسهـا أو قتلها غيرها فـهو كالموت حـتف أنفها، لأنها فـرقة حصلت بإنقضـاء الأجل وأثبتها النـكاح، فهو كموتها حتف أنفها.

فـصـل: قال ﵀: (**وإذا اختلف الزوجان فى قدر الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه، وعنه: القول قول من يدعى مهر المثل منهما**).

إذا اختلف الزوجان فى قدر الصـداق ولا بينة لهما فقد اختلفت الرواية عن أحـمد رحمه الله فى ذلك، فروى عنه أن الـقول قول الزوج بكل حـال، وهذا قول الشعـبى وابن أبى ليلى وابن شـبرمـة وأبى ثور، وبه قال أبو يوسف إلا أن يـدعى مسـتنكرًا، وهو أن يدعى مهـرًا لا يتزوج بمثله فى العادة، لأنه منكر للزيادة ومدعى عليـه فيدخل فى عموم قوله ﷺ: «ولكن اليمين على المـدعى عليه» وروى عنه أن القول قول من يدعى مهر المـثل، فإذا ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه فـالقول قولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثـر فالقول قوله، وبهذا

---

(٥٨) تقدم فى المسألة رقم (١١١٨) برقم (٩٣).

أنه يحضنها ويربيها وله من يخدمها، لأنه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شره نفسه إلى مواقعتها فيفضها أو يقتلها، وإن طلب أهلها دفعها إليه فامتنع فله ذلك ولا تلزمه نفقتها، لأنه لا يمكن من استيفاء حقه منها، وإن كانت كبيرة إلا أنها مريضة مرضًا مرجو الزوال لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها، لأنه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر، ولأن العادة لم تجز بزف المريضة إلى زوجها والتسليم فى العقد يجب على حسب العرف، فإن سلمت نفسها فتسلمها الزوج فعليه نفقتها، لأن المرض عارض يعرض ويتكرر فيشق إسقاط النفقة به فجرى مجرى الحيض، ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها، وإن امتنع من تسليمها فله ذلك ولا تلزمه نفقتها، لأنه لما لم يجب تسليمها إليه لم يجب عليه تسلمها كالصغيرة، ولأن العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة، وقال القاضى: يلزمه تسلمها وإن امتنع فعليه نفقتها لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر فأشبه الحيض، فأما إن كان المرض غير

قال أبو حنيفة وهو الذى ذكره الخرقى، وعن الحسن والنخعى وحماد بن أبى سليمان وأبى عبيد نحوه.

49- **مسألة:** (فإذا ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد إليه بلا يمين عند القاضى فى الأحوال كلها).

لأن ظاهر قول من يدعى مهر المثل، فكان القول قوله قياسًا على المنكر فى سائر الدعاوى، وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد، وقال أبو الخطاب: تجب اليمين، لأنه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى فى الأموال، وقال القاضى: لا تشرع اليمين فى الأحوال كلها، لأنها دعوى فى النكاح، والأولى أن يتحالفا فإن ما يقوله كل واحد منهما يحتمل الصحة فلا يعدل عنه إلا بيمين كسائر الدعاوى، ولأنهما تساويا فى عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان، وهذا قول أبى حنيفة وقال الشافعى: يتحالفان، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل، وبه قال الثورى قياسًا على المتبايعين إذا اختلفا فى الثمن، وقال مالك: إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح، وإن كان بعده فالقول قول الزوج، وبناه على أصله فى المبيع فإنه يفرض فى التحالف قبل القبض أو بعده، لأنها إذا سلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته، ووجه قول من لا يرى التحالف أنه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد، ولأن القول بالتحالف يفضى إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فإنها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال هو: بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة، ولو ادعت مائتين وقال هو: بل مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فقد أسقط خمسين يتفقان على وجوبها، ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما لم يجز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة فى إيجابه إلى يمين

مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ولزمه تسلمها إذا عرضت عليه، لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها، فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج فائدة وله أن يستمتع بها، فإن كانت نضـوة الخلق وهو جسـيم تخاف على نفـسهـا الإفضاء من عظـم خلقه فلها مـنعه من جماعهـا وله الاستمتاع بها فيمـا دون دون الفرج وعليه نفقتها ولا يثـبت له خيار الفسخ، لأن هذه يمكن الاستـمتاع بها لغـيره وإنما امتناع الاسـتمتـاع لمعنى فيه وهو عظم خلقـه بخلاف الرتقاء، وإن طلب تسليـمها إليه وهـى حائض احتمل أن لا يجب ذلك، لأنه خـلاف العادة، فأشبه المرض المرجو الزوال واحتمل وجوب التسليم، لأنه يزول قريبًا ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج، فإذا طلب ذلك لم يجز منعه منه، كما لم يجز لها منعه منه بعد تسلمها، وإن عرضت عليه فأباها حتى تظهر فعلى قول القاضى: يلزمه تسلمها ونفقتها إن امتنع منه ويتخرج على ما ذكرنا أن لا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال.

من ينفيه، لأنها لا تؤثر فى إيجابه، وفارق البيع فإنه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما فى ما له، وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح، فـإنها لم تجعله أمينها ولو كان أمينًا لها لوجب أن تكون أمينة حين لم يشهد عليها، على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الإشهاد، لأنه قد يكون بينهـما بينة فيمـوت أو يغيب أو ينسى الشهادة إذا ثبت هذا فكل من قلنـا القول قوله فهو مع يمينه، لأنه اخـتلاف فيما يجوز بذله فتـشرع فيه اليمين كسـائر الدعاوى لما ذكرنا من الحديث.

50- مـسـألة: (وإن قال: تزوجـتك على هذا العبـد، قالت: بل على الأمـة خرج على الروايتين).

فإن كانت قيمـة العبد مهر المثل أو أكثر وقيـمة الأمة فوق ذلك حلف الزوج ووجب لها قيمة العبد، لأن قوله يوافق الظاهر ولا يجب عـين العبد لئلا يدخل فى ملكها ما تنكره، وإن كانت قيمة الأمة مـهر المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقـول قول الزوجة مع يمينها، وهل تجب الأمة أو قيمتـها؟ فيه وجهان: **أحـدهمـا:** تجب عينها لأننا قبـلنا قولها فى القدر فكذلك فى العين فـأوجبناه وليس فى ذلك إدخال مـا تنكره فى ملكها **والثـانى:** يجب لهـا قيمتها، لأن قولها إنما وافق الظاهر فى القدر لا فى العين فأوجبنا لها ما وافق الظاهر فيه، وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والأمة أكثر منه وجب مهر المثل بالتحالف، وظاهر قول القاضى ومن وافقه أن اليمين لا تشرع فى هذا كله، والله أعلم.

فـصـل: إذا أنكر الزوج صداق امرأته وادعت ذلك عليـه فالقول قولها فـيما يوافق مهر مثلها، سـواء ادعى أنه وفاها أو أبرأته منه، أو قال: لا تسـتحق على شيئًـا وسواء فى ذلك ما قبل الدخـول وبعده، وبه قال سـعيد بن جبـير والشعـبى وابن شبرمـة وابن أبى ليلى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وحكى عن الفقـهاء السبعة أنهم قالوا: إن كان بعد الوفاة

فصل: فإن منعت نفسها حتى تتسلم صداقها وكان حالاً فلها ذلك قال ابن المنذر: وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها(٥٩)، وإن قال الزوج: لا أسلم إليها الصداق حتى أتسلمها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً ثم تجبر هي على تسليم نفسها، ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع.

فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة يقطع الصداق، وبه قال مالك، قال أصحابه: إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه.

ولنا: قول النبي ﷺ: «اليمين على المدعى عليه»(13) ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول.

فصل: فإن دفع إليها ألفًا ثم اختلفا فقال: دفعتها إليك صداقًا وقالت: بل هبة فإن اختلفا ببينة فقالت: قصدت الهبة فقال: بل قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بغير يمين لأنه أعلم ببينته ولا تطلع المرأة عليها، وإن اختلفا في لفظه فقالت: قد قلت هذى هبة أو هدية فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعى عليه عقدًا على ملكه وهو ينكره فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع إليها عرضًا ثم اختلفا وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث إليها بقيمته متاعًا وثيابًا ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصداق فقال لها: قد بعثت إليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة: صداقى دراهم ترد الثياب والمتاع وترجع إليه بصداقها، فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صداق، فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت المرأة أنه قال: هى هبة فينبغى أن يحلف كل واحد منها ويتراجعان بما لكل واحد منهما، وحكى عن مالك أنه إن كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها، لأن الظاهر معها وإلاَّ فالقول قوله.

ولنا: أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه فكان القول قول المالك كما لو قال: أودعتك هذه العين، قالت: بل وهبتنيها.

فصل: فإن مات الزوجان فاختلف ورثتهما قام ورثة كل واحد منهما مقامه إلا أن من يحلف منهم على الاثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفى يحلف على نفى العلم لأنه يحلف على نفى فعل الغير، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن مات أحد الزوجين

---

(٥٩) انظر الإجماع لابن المنذر (٧٦/ ٣٥٢).

(13) تقدم برقم (٣٧ من كتاب المغنى مسألة رقم ١٢٠٤).

ولنا: أن فى إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر إتلاف البُضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع فى البضع بخلاف المبيع الذى يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه، فإذا تقرر هذا فلها النفـقة ما امتنعت لـذلك، وإن كان معسـرًا بالصداق، لأن امتناعهـا بحق، وإن كان الصداق مؤجلاً فليس لها منع نفـسها من قبل قبضه، لأن رضاها بتأجـيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل فى البيع، فإن حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضًا، لأن التـسليم قد وجب عليها واسـتقر قبل قـبضه فلم يكن لها أن تمـتنع منه، وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل، وإن كان الكل حالاً فلها منع نفسها على ما ذكرنا، فإن سلمت نفسها قـبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحمد عن الجواب فيهـا، وذهب أبو عبدالله بن بطة وأبو إسحاق بن شاقلا إلى أنها ليس لها ذلك وهو قول مالك والـشافعى وأبى يوسف ومحمد، لأن التسليم اسـتقر به العوض برضى المسلم فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك كمـا لو سلم البائع المبيع، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن لهـا ذلك وهو مذهب أبى حنيفة، لأنه تـسليم يوجبه عليهـا عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كـالأول، فأما إن وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع، لأنه حـصل بغير رضـاها كالمبـيع إذا أخذه المشـترى من البائع كـرهًا، وإن أخذت الصداق فوجدته معيبًا فلها منع نفسهـا حتى يبدله أو يعطيها أرشه، لأن صداقها صحيح، وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على الوجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لهـا أن تمتنع، وكل موضع قـلنا لها الامتناع مـن تسليم نفسـها فلها السـفر بغـير إذن

فكذلك وإن مات الـزوجان فادعى ورثة المـرأة التسمـية وأنكرها ورثة الزوج جـملة لم يحكم عليهـم بشىء، قال أصحـابه: إنما قـال ذلك إذا تقادم العـهد، لأنه تعـذر الرجوع إلى مـهر المثل، لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات، وقـال محمد بن الحسن: يقضى بمهر المثل، وقال زفر: بعشرة دراهم لأنه أقل الصداق.

ولنا: أن ما اخـتلف فيه المـتعاقدان قـام ورثتهمـا مقامـها كالمتـبايعين ومـا ذكروه ليس بصحيح، لأن الحق لا يسقط لتقادم العهد ولا يتعذر الرجوع فى ذلك كقيم سائر المتلفات.

فـصـل: فإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجـنونة قام الأب مقام الزوجة فى اليمين، لأنه يحلف على فـعل نفسه ولأن قـوله مقـبول فـيما اعتـرف به من الصداق فـسمعـت يمينه كالزوجة، فإن لم يحلف حتى بلغت وعلقت فاليـمين عليها دونه، لأن الحق لها وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها، فإذا أمكن فى حقها صارت اليمين عليها كالوصى إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيـما يحلف فيه، فأما فى البكر البـالغة العاقلة فلا تسمع مخـالفة الأب، لأن قولها مقبول فى الصداق والحق لها دونه وأمـا سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية فى بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل، ولو زوجـوها بدون مهر المثل ثبت مهر

الزوج، لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها، ولو بقى منه درهم كان كبقاء جميعه، لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون.

فصل: وإن أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ لأنه تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشترى بالثمن قبل تسليم المبيع، وإن أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها، فإن قلنا: لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول، وإن قلنا: ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين لها لآخر، ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم، لأنه مجتهد فيه.

١٢١٤- **مسألة:** قال: **(وإذا تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية وإن كان السر قد انعقد به النكاح).**

ظاهر كلام الخرقى: أن الرجل إذا تزوج المرأة فى السر بمهر ثم عقد عليها فى العلانية بمهر آخر أنه يؤخذ بالعلانية، وهذا ظاهر قول أحمد فى رواية الأثرم، وهو قول الشعبى وابن أبى ليلى والثورى وأبى عبيد، وقال القاضى: الواجب المهر الذى انعقد به النكاح سرّاً كان أو علانية، وحمل كلام أحمد والخرقى على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فيثبت مهر العلانية، لأنه الذى ثبت به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز، وأبى حنيفة والأوزاعى والشافعى،

المثل من غير يمين، فإن ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج، لأن القول قوله فى قدر مهر المثل.

فصل: إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فإن كان بعد الدخول نظرنا فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب من غير يمين، لأنها لو صدقته فى ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة فى الاختلاف، وإن ادعت أقل من مهر المثل فهى مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفى ذلك ويجب لها مهر المثل، وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا فى قدر الصداق، فإن قلنا: القول قول الزوج فلها المتعة، وإن قلنا: القول قول من يدعى مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر المثل هذا إذا طلقها، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين.

51- **مسألة:** **(وإن اختلفا فى قبض الصداق فالقول قولها مع يمينها إذا لم تكن بينة).**

لأن الأصل عدمه، وإن اختلفا فيما يستقر به فالقول قوله، لأنه منكر والقول قول المنكر ولأن الأصل عدمه.

52- **مسألة:** **(وإن تزوجها على صداقين سر وعلانية، أخذ بالعلانية، وإن كان انعقد بالسر فى ظاهر كلام الخرقى، وقال القاضى: إن تصادقا على السر لم يكن لها غيره).**

ونحوه عن شـريح والحسن والزهرى والحكم بن عتـيبة ومـالك وإسحاق، لأن العـلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجـوب شىء، ووجه قول الخرقى: أنه إذا عقد فى الظاهر عقـدًا بعد عقد السر فقـد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فـيجب ذلك عليه كما لو زادها على صـداقها، ومقتضى ما ذكـرنا من التعليل لكلام الخرقى: أنه إن كان مهر السر أكـثر من العلانية، وجب مهر السـر، لأنه وجب عليه بعقده، ولم تسقطه العـلانية فبقى وجوبه، فأمـا إن اتفقا على أن المهر ألف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملاً ففعلا ذلك، فالمهر ألفان، لأنها تسمية صحيحة فى عقد صحـيح، فوجبت كما لو لم يتقدمـهما اتفاق على خلافهـا، وهذا أيضًا قول القاضى ومذهب الشافـعى، ولا فرق فيمـا ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانيـة نحو أن يكون السر ألفًا والعـلانية ألفين، أو يكونا من جنسـين مثل أن يكون السر مائة درهم والعـلانية مائة دينار، وإذا قلنا: إن الواجب مـهر العـلانية فـيستحب للمـرأة أن تفى للزوج بما وعـدت به

ظاهر كلام أحـمد أنه يؤخذ بالعلانيـة على ما رواه الأثرم، وهو قول الشـعبى، وابن أبى ليلى، والثورى وأبى عبـيد، وقال القاضى: الواجب المهر الذى انعقـد به النكاح سرًا كان أو علانية، وحـمل كلام أحمد والخرقى على أن المرأة لم تـقر بنكاح السر فثبت مهـر العلانية، لأنه الذى انعقد به النكاح، وهذا قـول سعيد بن عبد العزيز وأبى حنيـفة والأوزاعى والشافعى ونحوه عن شـريح والحسن والزهرى والحكم بن عتـيبة ومـالك وإسحاق، لأن العـلانية ليس بعقد، ولا يتعلق به وجـوب شىء، ووجه قول الخرقى أنه إن كان مهر السر أكـثر من العلانية وجب مهر السر، لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطـه العلانية فنفى وجوبه، فأما إن اتفقا على أن المهر ألف، وأنهـما يعقدان العـقد بألفين تجمـلا ففعلا ذلك فالمـهر ألفان، لأنها تسـمية صحيـحة فى عقد صـحيح فوجب كمـا لو لم يتقدمهـا اتفاق على خلافهـا، وهذا أيضًا قول القاضى، ومذهب الشافعى، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر ألفًا، والعـلانية ألفين أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مـائة درهم والعلانية مائة دينار، إذا قلنا: إن الواجـب مهر العلانيـة فيسـتحب للمرأة أن تفى الزوج بمـا وعدت به وشرطته من أنها لا تأخذ إلا مهر السر قال أحمد فى رواية ابن منصور: إذا زوج امرأة فى السر بمهر، وأعلنوا بمهر يـنبغى لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الـوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور، ولأن النبى ﷺ قال: «الـمؤمنون على شروطهم»[14] وعلى قول الـقاضى إذا ادعى الزوج عقدًا فى السـر انعقد به النكاح فيه مـهر قليل فصدقته المـرأة فليس لها سواه وإن أكذبته فالقول قولها لأنها منكرة.

53- **مسـألة: وإن قال: هو عقد واحد أسررته ثم أظهـرته وقالت: بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها**، لأن الظاهر أن الثانى عقد صحيح يفيد حكمًا كالأول، ولأن المهر فى العقد

---

(14) سيأتى تخريجه مستوفيًا برقم (٦٢ مسألة رقم ١٢١٤).

وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر، قال أحمد فى رواية ابن منصور: إذا تزوج امرأة فى السر بمهر وأعلنوا مهرًا ينبغى لهم أن يفوا، ويؤخذ بالعلانية، فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور، ولأن النبى ﷺ قال: «المؤمنون على شروطهم»(٦٠) وعلى قول القاضى: إذا ادعى الزوج عقدًا فى السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدق فيه فليس لها سواه، وإن أنكرته فالقول قولها لأنها منكرة، وإن أقرت به وقالت: هما مهران فى نكاحين، وقال: بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه، فالقول قولها، لأن الظاهر أن الثانى عقد صحيح يفيد حكمًا كالأول، ولها المهر فى العقد الثانى ونصف المهر فى العقد الأول، إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإن أصر على الإنكار، سئلت المرأة فإن ادعت أنه دخل بها فى النكاح الأول ثم طلقها بائنًا، ثم نكحها نكاحًا ثانيًا، حلفت على ذلك واستحقت، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه، لزمها ما أقرت به.

الثانى إن كان دخل بها ونصف المهر فى العقد الأول إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإن أصر على الإنكار سئلت المرأة، فإن ادعت أنه دخل بها فى النكاح الأول ثم طلقها طلاقًا بائنًا ثم نكحها نكاحًا ثانيًا حلفت على ذلك واستحقت، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما أقرت به.

فصل: إذا خلا الرجل بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال على بن الحسين وعروة وعطاء والزهرى والأوزاعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وهو قول أصحاب الشافعى القديم، قال شريح والشعبى وطاوس وابن سيرين والشافعى فى الجديد: لا يستقر إلا بالوطء، وحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم، وروى ذلك عن أحمد فروى عنه يعقوب بن بختان أنه قال: إذا أصدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة، وذلك لقول الله تعالى: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ (البقرة: ٢٣٧) وهذه قد طلقها قبل أن يمسها، وقال الله تعالى: ﴿**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ**﴾ (النساء: ٢١) والإفضاء: الجماع، ولأنها مطلقة لم تمس أشبهت ما لم يخل بها.

ولنا: إجماع الصحابة، فروى الإمام أحمد والاثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابًا أو أرخى سترًا فقد وجب المهر ووجبت العدة(15)، ورواه أيضًا عن الأحنف عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب وعن سعيد بن ثابت: عليها العدة ولها الصداق كاملاً، وهذه قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد فى عصرهم

(٦٠) تقدم برقم (٢١ مسألة ٧٠٢) مغنى.

(15) أخرجه البيهقى (٧/ ٢٥٥، ٢٥٦) وابن أبى شيبة (نكاح) (٤/ ٢٣٥) وإسناده صحيح.

فـصـل: إذا تزوج أربع نسوة فى عقد واحد بمـهر واحد، مثل أن يكون لهن ولى واحد كبنات الأعمام أو موليات لمـولى واحد، أو من ليس لهن ولى فزوجهن الحاكم، أو كان لهن أولياء فوكلوا وكـيلاً واحدًا، فعقد نكاحهن مع رجل فـقبله فالنكاح صحيح والمـهر صحيح، وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أشهر قولى الشافعى، **والقول الـثانى**: أن المهر فاسد ويجب مهر المثل، لأن ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم.

ولنا: أن الفرض فى الجملة معلوم، فلا يفسد لجهالته فى التفصيل، كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحـد، وكذلك الصبرة بثمن واحد، وهو لا يعلم قـدر قفزانها، إذا ثبت هذا، فإن الصداق يقسم بينهن على قدر مهـورهن فى قول القاضى وابن حامد، وهو قول أبى حنيفـة وصاحبيـه والشافعى، وقـال أبو بكر: يقسم بينهن بالسويـة، لأنه أضافه إليهن إضـافة واحدة، فكان بينهن بالسـوية، كما لو وهبه لهن أو أقر به لـهن، وكما لو اشترى جـماعة ثوبًا بأثمان مخـتلفة ثم باعوه مرابحة أو مـساومة، كان الثمن بينـهم بالسواء، وإن اختلفت رءوس أموالهم، ولأن القول بتقسيطه يفضى إلى جهالة العوض لكل واحدة منهن، وذلك يفسده.

فكان إجماعًا، وما رواه عن ابن عباس: لايصح، قال أحمد يرويه: ليث، وليس بالقوى، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليـث وحنظلة أقوى من ليث، وحديث ابن مسعـود منقطع قاله ابن المنذر، ولأن التسليم المـستحق وجد من جـهتها فيـستقر به البـدل كما لو وطئهـا أو كما لو أجرت دارها أو سلمتها أو باعتها، وأما قوله تعالى: ﴿**مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ**﴾ فيحتمل أنه كنى بالسبب عن المسبب الذى هو الخلوة بدليـل ما ذكرنا، وأما قوله: ﴿**وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ**﴾ فقد حكى عن الفراء أنه قال: الإفـضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل، لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالى فكأنه قال: وقد خلا بعضكم إلى بعض.

فـصل: وحكم الخلوة حكم الوطء فى تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها إذا طلقـها حتى تنقضى عـدتها وثبوت الرجعة لـه عليها فى عدتهـا، وقال الثورى وأبو حنيفة: لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ**﴾ (البـقرة: ٢٢٨) ولأنها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها، ولها عليه نفقة العدة والسكنى، لأن ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة، وتفارق الخلوة الوطء فى أنها لا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثًا، لقول النبى ﷺ لامرأة رفاعة القرظى: «أتريدين أن ترجعى إلى رفـاعة؟ لا، حتى تذوقى عسيلتـه ويذوق عسيلتك»[16] ولا يثبت بها الإحـصان، لأنه يعتبر لإيجـاب الحد، والحدود تدرأ بالشبـهات ولا يجب الغسل، لأنها ليست من موجبات الغسل إجماعًا ولا يخرج بها من العُنَّة، لأن العُنَّة، العجز عن الوطء

(16) تقدم برقم (٥٣ مسألة رقم ١٢١٠).

ولنا: أن الصفقة اشتملت على سببين مختلفى القمية فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة، كما لو باعه شقصًا وسيفًا، أو كما لو ابتاع عبدين، فوجد أحدهما حرًّا أو مغصوبًا، وقد نص أحمد فيمن ابتاع عبدين، فإذا أحدهما حر أنه يرجع بقيمته من الثمن، وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين، فإذا إحداهما حرة أنه يرجع بقيمة الحرة، ولو اشترى عبدين، فوجد أحدهما معيبًا، فرده لرجع بقسطه من الثمن، وما ذكره من المسألة غير مسلم له، وإن سلم فالقيمة ثم واحدة، بخلاف مسألتنا.

وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع إليها وتقسم الهبة عليها، بخلاف مسألتنا، وإفضاؤه إلى جهالة التفضيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة، ويتفرع عن هذه المسألة إذا خالع امرأتين بعوض واحد، أو كاتب عبيدًا بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه، ويقسم العوض فى الخلع على قدر المهرين، وفى الكتابة على قدر قيمة العبيد، وعلى قول أبى بكر: يقسم بالسوية فى المسألتين.

فصل: وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد، وإحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك، وقلنا بصحة النكاح فى الأخرى فلها بحصتها من المسمى، وبه قال الشافعى على قول وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة: المسمى كله للتى يصح نكاحها، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال، فصار كأنه تزوجها، والحائط بالمسمى.

فلا تزول إلا بحقيقته ولا تحصل بها الفيئة، لأنها الرجوع عما حلف عليه وإنما حلف على ترك الوطء، ولأن حق المرأة لا يحصل إلا بيقين الوطء ولا تفسد بها العبادات ولا تجب بها الكفارة، وأما تحريم الربيبة فعن أحمد أنه يحصل بالخلوة، وقال القاضى وابن عقيل: لا تحرم، وحمل القاضى كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين أن ذلك يحرم، والصحيح أنها لا تحرم، لقول الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ (النساء: ٢٣) والدخول كناية عن الوطء والنص صريح فى إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه.

فصل: وسواء فى ذلك الخلوة بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من الوطء شرعى كالإحرام والصيام والحيض والنفاس، أو حقيقى كالجب والعنة والرتق فى المرأة، فعنه أن الصداق يستقر بكل حال، وبه قال عطاء وابن أبى ليلى والثورى لعموم ما ذكرناه من الإجماع، وقال عمر فى العنين: يؤجل سنة فإن وطئها وإلا أخذت الصداق كاملاً وفرق بينهما، وعليها العدة، ولأن التسليم المستحق عليها قد وجد وإنما لحيض، والإحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر فى المهر كما لا يؤثر فى إسقاط النفقة، وروى أنه لا يكمل الصداق، وهو قول شريح وأبى ثور، لأنه لم يتمكن من تسليمها فلم يجب عليه مهرها كما لو منعت نفسها منه يحققه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبى أو من العاقد

ولنا: أنه عقد على عـينين إحداهما لا يجوز العقـد عليها، فلزمه فى الأخرى بحصـتها، كمـا لو باع عبده وأم ولده، ومـا ذكروه ليس بصـحيح، فإن المـرأة فى مقابـلة نكاحها مـهر بخلاف الحائط.

فـصـل: فإن جمع بين نكاح وبيع فقـال: زوجتك ابنتى، وبعتك دارى هذه بألف صح، ويقسط الألف على صداقهـا وقيمة الدار، وإن قال: زوجتك ابنتى واشـتريت منك عبدك هذا بألف، فقال: بعتكه وقبلت النكاح صح ويقسط الألف على العبد ومهر المثل، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يصح البيع والمهر لإفضائه إلى الجهالة.

ولنا: أنهما عـقدان يصح كل واحد منهما منفردًا، فـصح جمعهما، كـما لو باعه ثوبين، فإن قال: زوجتك ولك هذا الألف بألفين، لم يصح المهر لأنه كمسألة مد عجوة.

فـصـل: وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حيّا، وعلى ألفين إن كان أبوها ميتًا فالتسمية فاسدة ولها صداق نسائها، نص عليه أحمد فى رواية مهنا، لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهـولاً، وإن قال: تزوجتك على ألف إن لم أخرجك من دارك، وعلى ألفـين إن أخرجتك منهـا، أو على ألف إن لم يكن لى امرأة وعلى ألفـين إن كانت لى امـرأة، فنص أحمـد على صحة التسمية فى هاتين المسألتين، وقال القاضى وأبو بكر: فى الجميع روايتان: إحداهما: لا يصح، واختاره أبو بكر، لأن سبيله سبـيل الشرطين فلم يجز كالبيع، والرواية الثـانية: يصـح لأن ألفًا مـعلوم وإنما جـهل الثانى وهو مـعلوم على شرط، فـإن وجد الشـرط كان زيادة فى

كالإجـارة، وعنه رواية ثالثة إن كانا صـائمين صوم رمضـان لم يكمل الصداق وإن كان غـيره كمل.

قال أبو داود: سمعت أحمد، وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان فى غير شهر رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر؟ قال: وجب الصداق، قـيل لأحمد: فشهر رمضان؟ قال: شهر رمـضان خلاف لهذا، قيل له: فكان مـسافرًا فى رمضان؟ قـال: هذا مفطر، يعنى وجب الصداق وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكدًا كالإحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق، وقال القاضى: إن كان المانع لا يـمنع دواعى الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق، وإن كان يمـنع دواعيه كالإحرام وصيام الفـرض فعلى روايتين، وقال أبو حنيفة: إن كـان المانع من جهتـها لم يستقر الصـداق، وإن كان من جهته صـيام فرض أو إحرام لم يستقر الصداق أيضًا وإن كان حقّا ادعته كمل الصداق، لأن المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكمل حقها كما تلزم الصغير نفقة امرأته إذا أسلمت إليه.

فـصـل: فإن خلا بها وهى صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبـيرة فمنعته نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقهـا، نص عليه أحمد فى المكفوف يتزوج المرأة فأدخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب فـإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق،

الصــداق، والصداق تجـوز الزيادة فيـه، والأولى أولى، والقول بأن هذا تعليق علـى شرط لا يصح لوجهين: أحدهـما: إن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط فلو قال: إن مات أبوك فقد زدتك فى صداقك ألفًا لم تصح ولم تلزم الزيادة عند موت الأب.

والثـانى: أن الشرط هـهنا لم يتجدد فى قوله: إن كـان لى زوجة، أو إن كان أبوك ميتًا، ولا الذى جعل الألف فيـه معلوم الوجود ليكون الألف الثانى زيادة عليـه، ويمكن الفرق بين المسألة التى نص أحمد على إبطال التسمية فيـها، وبين التى نص على الصحة فيها بأن الصفة التى جعل الزيادة فـيها ليس للمرأة فيـها غرض يصح بذل العوض فـيه، وهو كون أبيها مـيتًا بخلاف المسـألتين اللتين صحت التسيـمة فيهما، فـإن خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقـاسمها وتضيق عليـها، من أكبر أغراضـها، وكذلك إقرارها فى دارها بين أهلهـا وفى وطنها، فلذلك خففت صداقـها لتحصيل غرضهـا وثقلته عند فواته، فعلى هذا يمتنع قـياس إحدى الصورتين على الأخـرى، ولا يكون فى كل مـسـألة إلا رواية واحـدة، وهى الصـحة فى الـمسـألتـين الآخرتين، والبطلان فى المسألة الأولى وما جاء من المسائل ألحق بأشبههما به.

وأومأ إلى أنها إذا نشزت عليـه ومنعته نفسها لا يكمل صداقهـا، وذكره ابن حامد، وذلك لأنه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه ما لو لم يخل بها، وكذلك لو خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق، لأنه فى معنى الصغيرة فى عدم التمكن من الوطء.

فـــصل: فإن استمـتع بامرأته بمباشرة فـيما دون الفرج من غير خلوة كـالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمد أنـه يكمل به الصداق، فإنه إذا أخذها فشمها وقبـض عليها من غير أن يخلو بها لهـا الصداق كاملاً إذا نال منها شـيئًا لا يحل لغيره، وقـال فى رواية مهنا: إذا تزوج امرأة ونظر إليها وهى عريانة تغتـسل أوجب عليه المهر، ورواه عن إبراهيم إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر، لأنه نوع استمـتاع فهو كالقبلة، قال القاضى: يحتمل أن هذا ينبنى على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون فى تكميل الصداق به وجهان:

أحـدهمـا: يكمل به الصداق لما روى الدارقطنى عن محـمد بن عبد الرحمن عن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل»(17) ولأنه مسيس فيدخل فى قوله: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٧) ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصـداق كالوطء **والوجـه الآخر:** لا يكمل به الصداق، وهو قـول أكثر أهل العلم، لأن قـول الله تعالى: ﴿تَمَسُّوهُنَّ﴾ إنما أريد به فى الظاهر الجماع ومـقتصى قوله: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ أن لا يكمل الصداق لغير من وطئـها ولا تجب عليها العدة، ترك عمومه فيمن دخل بها للإجماع الوارد عن الصحـابة فيبقى فيما سواه على مقتضى العموم.

(17) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٠٧/ ٢٣٢) وأبو داود فى المراسيل (٢١٤) وإسناده ضعيف.

فـصل: وإن تزوجها على طلاق امرأة له أخرى، لم تصح التسمية، ولها مهر مثلها وهذا اختيار أبى بكر وقـول أكثر الفقهاء، لأن هذا ليس بمـال وإنما قال الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ ولأن النبى ﷺ قال: «لا تسأل المـرأة طلاق أختها لتكفئ ما فى صحـفتها، ولتنكح، فإنما لهـا ما قدر لها»(٦١) صحيح، وروى عبـد الله بن عمرو، عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى»(٦٢) ولأن هذا لا يصلح ثمنًا فى بيع، ولا أجرًا فى إجـارة، فلم يصح صداقًا كـالمنافع المحرمـة، فعلى هذا يكون حكمـه حكم ما لو أصدقها خمرًا، ونحوه يكون لها مهر المـثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المتعة عند من يوجبها فى التسمية الفاسدة.

فـصل: فى المفوضة وهى على ضربين: **تفويض البضع:** وهو أن يزوج الأب ابنته البكر أو تأذن المرأة لوليها فى تزويجها بغير مهر **والثـانى: تفويض المهر** وهو أن يتزوجها على ما شاءت أو شاء، أو شاء أجنبى فالنكاح صحيح ويجب مهر المثل.

يصح النكاح من غير تسمية صداق فى قول عامة أهل العلم بدليل قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة: ٢٣٦) وروى عن ابن مسعود أنه سئل عن امرأة تزوجـها رجل ولم يفرض لها صـداقًا ولم يدخل بها حتى مـات؟ فقال ابن مسعود: لها صداق نسائها لا وَكْس(*) ولا شطط وعليها العدة ولها المـيراث، فقام معقل بن سنان الأشجعى فقال: قضى رسـول الله ﷺ فى بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت، رواه أبو داود والترمـذى وقال: حديث حسن صـحيح(18)، ولأن القـصد مـن النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفـقة، سواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول: زوجتك بغير مهر فيقبله كـذلك، ولو قال زوجتك بغير مهر فى الحال ولا فى الثانى صح أيضًا.

وقال بعض الشافـعية: لا يصح فى هذه الصورة، لأنها تكون كالمـوهوبة وليس بصحيح فإنه يصح فيما إذا قال: زوجتك بغير مهر فيصح ههنا، لأن معناهما واحد فما صح فى إحدى الصورتين المتساويتين صح فى الأخرى وليسـت كالموهوبة، لأن الشرط يفسد ويجب المهر، وقد ذكرنا أن المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فمن كسر أضاف الفعل على أنها فاعلة، ومن فتح أضافه إلى وليها ومعنى التـفويض الإهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه، قال الشاعر:

لا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَى لا سَرَاةَ لهم ... ولا سَـرَاةَ إذا جُـهَّـالُهمُ سَـادُوا

---

(٦١) تقدم فى المسألة رقم (١١٤١) برقم (١٩١).

(٦٢) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦٦٤٧) وقال أحمد شاكـر: إسناده صحيح، وذكره الهيثمى فى «المجمع» (٨/ ٦٣ - ٦٤) وقال: رواه أحمد وفيه ابن لهيعة وهو لين وبقية رجاله رجال الصحيح.

(*) الوكس: النقص.

(18) تقدم برقم (٨/ مسألة ١٢٠٦) مغنى.

وعن أحمد رواية أخرى: أن التـسمية صحيـحة، لأنه شرط فعلاً لها فيـه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتهـا وضررها والغيرة منها، فصح صداقًا، كعتق أبيها وخياطة قميصها، ولهذا صح بذل العوض فى طلاقها بالخلع، فعلى هذا إن لم يطلق ضرتها، فلها مثل صداق الضرة، لأنه سمى لها صداقًا لم يصل إليه، فكـان لها قيمته، كما لو أصدقها عبدًا فخرج حـرًا، ويحتمل أن لها مهر مثلها، لأن الطلاق لا قيمـة له، وإن جعل صداقها أن طلاق ضرتها ألـيها إلى سنة، فلم تطلقهـا، فقال أحمد: إذا تزوج امـرأة وجعل طلاق الأولى مهر الأخرى إلى سنة أو إلى وقت، فـجاء الوقت ولم تقض شيئًا رجع الأمر إليـه، فقد أسقط أحمد حـقها لأنه جعله لهـا إلى وقت، فإذا مضى الوقت ولم تقض فيـه شيئًا، بطل تصـرفها كالوكيل وهل يسقط حقها من المـهر؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر، **أحدهـما**: يسقـط، لأنها تركت ما شرط لها باختيـارها فسقط حقها، كما لو تزوجها على عبـد فأعتقته، **والثــانى**: لا يسقط لأنها أخـرت استيفاء حقـها فلا يسقط، كما لو أجلت قـبض دراهمها، وهل ترجع إلى مهر مثلها، أو إلى مهر الأخرى؟ يحتمل وجهين.

فـصل: الزيادة فى الصداق بعد العقد تلحق به نص عليه أحمد، قال: فى الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها فى مهرها فهو جائز، فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الأول والذى زادها، وهذا قول أبى حنيفة، وقال الشافعى: لا تلحق الزيادة بالعقد فإن

يعنى مهملين.

والذى ذكره الخرقى تفويض البضع وهو الذى ينصرف إليه إطلاق التفويض.

الضرب الثانى: تفويض المهر، وهو أن يجعـلا الصداق إلى رأى أحدهما أو رأى أجنبى فيقـول: زوجتك على ما شئت أو على حكمك أو حـكمها أو حكم أجنبى ونحوه، فـهذه لها مهر المثل فى ظاهر كلام أحمد، لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل، والتفـويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليهـا فى تزويجها بغير مهر أو بتفـويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك، فأما إن زوجـها غير أبيها ولم يذكر مـهرًا بغير إذنها فى ذلك فإنه يجب مهر المثل، وقال الشافعى: لا يكون التفويض إلا الصورة الأولى وقد مضى الكلام معه فى أن للأب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها، فلذلك يجوز تفويضه.

54- مـسـألة: (ولها المطالبة بفرضه، لأن النكاح لا يخلو من المـهر فوجب لها المطالبة ببيان قدره).

وبهذا قال الشافعى، ولا نعلـم فيه مخالفًا، فإن اتفق الزوجان على فرضـه جاز ما فرضاه قليلاً كان أو كـثيرًا سواء كانا عالمـين بمهر المثل، وقال الشافـعى: فى قوله لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المـثل، لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلومًا.

زادها فهى هبة تفتقر إلى شروط الهبة، وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشىء من الزيادة، قال القاضى: وعن أحمد مثل ذلك، فإن قال: إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعًا فقالت الأمة: زدنى فى مهرى حتى اختارك فالزيادة للأمة، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد، وليس هذا دليلاً على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره، وليس معناه أن الملك يثبت قبل فيها وجودها وأنها تكون للسيد، واحتج الشافعى بأن الزوج ملك البضع بالمسمى فى العقد فلم يحصل بالزيادة شىء من المعقود عليه فلا تكون عوضًا فى النكاح كما لو وهبها شيئًا ولأنها زيادة فى عوض العقد بعد لزومه فلم يلحق به كما فى البيع.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ (النساء: ٢٤) ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد، وبهذا فارق البيع والإجارة، وقولهم: إنه لم يملك به شيئًا من المعقود عليه، قلنا: هذا يبطل بجميع الصداق فإن الملك ما حصل به، ولهذا صح خلوه عنه، وهذا ألزم عندهم فإنهم قالوا: مهر المفوضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد، وقد ملك البضع بدونه ثم إنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بهما جميعًا، كما قالوا فى مهر المفوضة إذا فرضه وكما قلنا جميعًا فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها، إذا ثبت هذا فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى فى العقد فى أنها تتنصف بالطلاق ولا تفتقر إلى شروط الهبة، وليس

ولنا: أنه إذا فرض لها كثيرًا فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا يمنع من ذلك قولهم إنه بدل لا يصح فإن البدل غير المبدل والمفروض إن كان ناقصًا فهو بعضه وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلاً ولو كان بدلاً لما جاز مع العلم لأنه يبدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلاً.

وقد روى عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ لرجل: «أترضى أنى أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة: «أترضى أن أزوجك فلانًا؟» قالت: نعم، فزوج أحدهما بصاحبه فدخل عليها ولم يرفض لها صداقًا فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوجنى فلانة ولم يفرض لها صداقًا ولم أعطها شيئًا وأنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى الذى بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف[19]، فأما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه، فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء، وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولم يثبت لها بفرضه ما لم ترض به، فإن ارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل لأن الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها، ولا يحل

---

(19) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢٧١١) بلفظ: تزوج أحدهما صاحبه ودخل بها، وإسناده صحيح.

معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد، ولأنها تثبت لمن كان الصداق له لأن الملك لا يجوز تقدمه على سببه ولا وجوده فى حال عدمه، وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ، وقال القاضى فى الزيادة وجه آخر: أنها تسقط بالطلاق، ولا أعرف وجه ذلك فإن من جعلها صداقًا جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها إذا جاء الفسخ من قبل المرأة، ومن جعلها هبة جعلها جميعها للمرأة لا تتنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة، فإنها تسقط لكونها عدة غير لازمة فإن كان القاضى أراد ذلك فهذا وجه وإلا فلا.

١٢١٥- **مسألة:** قال: (**فإذا أصدقها غنمًا فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها ورجع بنصف الأمهات إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيرًا بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها أو يأخذ نصفها ناقصة**).

قد ذكرنا أن المهر يدخل فى ملك المرأة بمجرد العقد فإذا زاد فالزيادة لها وإن نقص فعليها، وإذا كانت غنمًا فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه لأنها نماء ملكها، ويرجع فى نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة، لأنه نصف ما فرض لها، وقد قول الله تعالى: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ (البقرة: ٢٣٧) وإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصًا، لأنه راض بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لأن ضمان النقص عليها، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يرجع فى نصف الأصل، وإنما يرجع فى نصف القيمة،

الميل ولأنه إنما يفرض له بدل البضع فيقدر بقدره كالسلعة إذا تلفت يرجع إلى تقويمها بقول أهل الخبرة، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى فى العقد فى أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه ويلزمها ما فرضه الحاكم سواء رضيت به أو لم ترض كما يلزم ما حكم به.

فصل: وإن فرض لها أجنبى مهر مثلها فرضيته لم يصح وكان وجوده كعدمه لأنه ليس بزوج ولا حاكم فإن سلم إليها ما فرض لها فرضيته احتمل أن يصح لما ذكرنا فيكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاها لأن تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل أن يصح لأنه يقوم مقامه فى قضاء المسمى فيقوم مقامه فى قضاء ما يوجبه العقد غير المسمى، فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج لأنه ملكه إياه حين قضى به دينًا عليه فيعود إليه كما لو دفعه هو، ولأصحاب الشافعى مثل هذين الوجهين ولهم وجه ثالث أنه يرجع بنصفه إلا الأجنبى وذكره القاضى لنا وجهًا ثالثًا.

قال شيخنا: وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه ولو أن رجلاً قضى المسمى عن الزوج صح، ثم إن طلقها قبل الدخول رجع بنصفه إليه وإن فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه إليه وعلى الوجه الآخر يرجع إلى من قضاه.

لأنه لا يجوز فسخ العقد فى الأصل دون النماء لأنه موجب العقد فلم يجز رجوعه فى الأصل بدونه.

ولنا: أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض، وما ذكروه فغير صحيح، لأن الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من موجبات العقد إنما هو من موجبات الملك، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه، والزيادة لها فتنفرد بالأولاد، وإن نقصت الأمهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها، وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له ذلك، وقال أبو حنيفة: إذا ولدت فى يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع فى نصف الأولاد أيضًا، لأن الولد دخل فى التسليم المستحق بالعقد، لأن حق التسليم تعلق بالأم فسرى إلى الولد كحق الاستيلاد، وما دخل فى التسليم المستحق يتنصف بالطلاق كالذى دخل فى العقد.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٣٧) وما فرض هـهنا إلا الأمهات فلا يتنصف سواها ولأن الولد حدث فى ملكها، فأشبه ما حدث فى يدها ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فإن الاستيلاد يسرى وحق التسليم لا سراية له، فإن تلف فى يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب وإلا لم يضمنه لأنه تبع لأمه.

فصل: ويجب المهر للمفوضة بالعقد وإنما يسقط إلى المتعة بالطلاق وهذا مذهب أبى حنيفة، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال: الصحيح إنه يجب بالعقد وقال بعضهم لا يجب بالعقد قولاً واحدًا ولا يجيء على أصل الشافعى غير هذا لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى فى العقد.

ولنا: أنها تملك المطالبة به فكان واجبًا كالمسمى ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما فى العقد الفاسد، ولأن النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضى إلى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحًا وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وإنما لم يتنصف، لأن الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق إلى المتعة كما نقل ما سم لها إلى نصف المسمى لها، فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها، لأن المهر وجب بالعقد فى ملكه، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد بغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه ووافق أصحاب الشافعى على ذلك، لأن الوجرب يستند إلى حالة العقد إلا فى الأمة التى أعتقها أو باعها فى أحد الوجهين.

فصل: يجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئًا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعى والثورى والشافعى وروى عن ابن عباس وابن عمر

فـصل: والحكم فى الصداق إذا كان جارية كالحكم فى الغنم، فإذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع فى نصف الأصل، لأنه يفضى إلى التفريق بين الأم وولدها فى بعض الزمان، وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها فى جميع الزمان لا يجوز فى بعضه فيرجع أيضًا فى نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير.

فـــصل: وإن كان الصداق بهيمـة حائلاً فحملت فالحمل فيها زيـادة متصلة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها، وليس ذلك معدودًا نقـصًا ولذلك لا يرد به المبيع، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لأجل ولدها ونقصت من وجـه لأن الحمل فى النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع، فحينئذ لا يلزمها بذلها لأجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لأجل النقص وله نصف قيمتها، وإن اتفقا على تنصيفها جاز، وإن أصدقها حاملاً فولدت فقد أصدقها عينين الجارية وولدها وزاد الولد فى ملكهـا فإن طلقها فرضيت ببذل النصف من الأم والولد جميعًـا أجبر على قبولهما لأنهـا زيادة غير متميزة وإن لم تبـذله لم يجز له الرجوع فى نصف الولد لزيادته، ولا فى نصف الأم لما فيه من التـفرقة بينها وبين ولدها، ويرجع بنصف قيمة الأم، وفى نصف الولد وجهان:

والزهرى وقتادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئًا، قال الزهرى: مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئًا قال ابن عباس يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها وروى أبو داود بإسناده عن رجل من أصحاب رسـول الله ﷺ أن عليًا لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فـمنعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئًا فقال: يا رسول الله ليس لى شىء فقال: «أعطها درعك» فأعطاها درعـه ثم دخل بهـا[20] رواه ابن عباس أيضًـا قال: لما تزوج على فاطمـة قال له رسول الله ﷺ: «أعطهـا شـيـئًـا» قـال: مـا عندى قـال: «أعطهـا درعك الحطمـيـة» رواه أبو داود والنسائى[21].

ولنا: حديث عقبة بن عامر فى الذى زوجه النبى ﷺ ودخل بها ولم يعطها شيئًا[22]، وروت عائشة قالت أمرنى رسول الله ﷺ أن ادخل امرأة على زوجـها قبل أن يعطيها شيئًا، رواه ابن ماجه[23]، ولأنه عوض فى عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شىء منه كالثمن فى البيع والأجـرة فى الإجارة، وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئًا موافقة للأخبار ولعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة

---

(20) أخـرجه أبو داود (٢/ ح٢١٢٦) وابن سـعد فى الطبـقات (٨/ ٢١) عـن عكرمة مـرسلاً والهـيـثـمى (٨/ ٢٨٣) وإسناده ضعيف.

(21) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٥/ ٢) وإسناده صحيح. (22) تقدم برقم (17) من هذا الباب.

(23) أخـرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٢٨) من طريـق خيـثمـة، وابن ماجـه (١/ ح١٩٩٢) وإسناده ضعيف.

أحدهـما: لا يستحق نصف قيمته لأنه حالة العـقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زاد فى ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته، ويفارق ولد المغرور، فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة فلهذا قوم فيها بخلاف مسألتنا.

والثـانى: له نصف قيمته لأنه أصدقهـا عينين فلا يرجع فى إحداهما دون الأخرى ويقوم حالة الانفصال لأنها أول حالة إمكان تقويمه، وفى المسألة وجه آخر: وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث.

عن شبه الموهوبة وليكون ذلك أقطع للخصومة، ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق، والله وأعلم.

55- **مـسـألة:** (وإن مات أحدهمـا قبل الإصابة وقبل الفـرض ورثه صاحبه ولهـا مهر نسائها).

إذا مات أحدهمـا قبل الإصابة وقبـل الفرض فللأخر الميـراث بغير خلاف فـيه، فإن الله تعالى فـرض لكل واحد من الزوجيـن فرضًا، وعقـد الزوجية هـهنا صحيح ثابت فـيورث به لدخوله فى عموم النص.

فـصـل: (ولها مهـر نسائها وعنه أن يتنصف بالموت إلا أن يكون قد فـرضه لها) ظاهـر المذهب أن لها مـهر نسائها وهو الصحـيح ـ إن شاء الله تعالى ـ وإليه ذهب ابن مـسعود وابن شبـرمة وابن أبى ليلى والثورى وإسـحاق، وروى عن على وابن مـسعود وابن عـمر والزهرى وربيعة ومالك والأوزاعى لا مهر لها لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق وقال أبو حنيفـة كقولنا فى المسلمة وكقولهم فى الذمية وعن أحمد رواية أخرى: لا يكمل ويتنصف إذا لم يكن فرضـه لها، لأن المفروض لها تخالف التى لم يفرض لها فى الطلاق فجاز أن تخالفها بعد الموت وللشافعى قولان كالروايتين.

ولنا: ما روى عبد الله بن مسعود ﷺ أنه قضـى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقًا ولم يدخل بها حتى مات فـقال: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العـدة ولها الميراث فقـام معقل بن سنان الأشـجعى فقـال: قضى رسول الله ﷺ فى بروع بنت واشق مـثل ما قضيت، قـال الترمذى: هذا حديث حسن صحـيح، وهو نص فى محل النزاع، ولأن الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل للمـفوضة كالدخول، وقياس الموت على الطلاق لا يصح فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه وكذلك وجبت الـعدة بالمـوت قبل الدخـول ولم تجب بالطلاق وكمل المـسمى بالمـوت ولم يكمل بالطلاق فإنها زوجة مفـارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمـة، أو كما لو سمى لها ولأن المسلمة والذمـية لا يختلفان فى الصـداق فى موضع فوجب أن لا يختلفـا ههنا، وإن كان قد فرضه لها لم يتنصف بالموت على الروايتين جميعًا.

فصل: إذا كان الصداق مكيلاً أو موزونًا فنقص فى يد الزوج قبل تسليمه إليها أو كان غير المكيل والموزون فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليها لأنه من ضمانه وتتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصًا مع أرش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها، لأنه إن زاد فلها وإن نقص فعليه فهو بمنزلة الغاصب، ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الأسعار لأنها ليست من ضمان الغاصب فههنا أولى.

56- مسألة: (فإن طلقها قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا المتعة).

إذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة نص عليه أحمد فى رواية جماعة، وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبى والنخعى والزهرى والثورى والشافعى وأبى عبيد وأصحاب الرأى، وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف مهر مثلها لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى لها محرمًا، وقال مالك والليث وابن ليلى: المتعة مستحبة غير واجبة، لأن الله تعالى قال: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ فخصهم بها فيدل على أنها على سبيل الإحسان والتفصيل، والإحسان ليس بواجب، ولأنها لو كانت واجبة لم يخص المحسنين دون غيرهم.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ﴾ (البقرة: ٢٣٦) والأمر يقتضى الوجوب وقال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ٢٤١) وقال تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ (الأحزاب: ٤٩) ولأنه طلاق فى نكاح يقتضى عوضًا فلم يَعْرُ عن العوض كما لو سمى مهرًا وأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما.

فصل: فإن فرض لها بعد العقد ثم طَلَّقها قبله فلها نصف ما فرض لها ولا متعة وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبى والنخعى والشافعى وأبى عبيد، وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر وهو قول أبى حنيفة لأنه نكاح عرى عن تسمية فوجبت المتعة، كما لو لم يفرض لها.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٣٧) ولأنه مفروض يستقر بالدخول فيتنصف بالطلاق قبله كالمسمى فى العقد.

فصل: والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء فى ذلك الحر والعبد والحرة والأمة والمسلم والذمى والمسلمة والذمية، وحكى عن أبى حنيفة لا متعة للذمية وقال الأوزاعى: إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقًا فلا متعة.

ولنا: عموم النص، ولأنها قائمة مقام نصف المهر فى حق من سمى فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى، ولأن ما يجب من الفرض يستوى فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر.

١٢١٦- **مسألة:** قال: (وإذا أصدقها أرضًا فبنتها دارًا أو ثوبًا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ، فيكون له النصف، أو تشاء هي أن تعطيه زائدًا فلا يكون له غيره).

إنما كان له نصف القيمة لأنه قد صار في الأرض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ، فإن دفعت إليه نصف الجميع زائدًا فعليه قبوله لأنه حقه وزيادة، وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف فقال الخرقي: له ذلك، قال القاضي: هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لأنها تجبر على قبوله لأن بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها، والصحيح أنها تجبر لأن الأرض حصلت له وفيها بناء لغيره فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الأرض بعد بناء المشترى فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشترى قبولها، وكذلك إذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قولها.

فصل: فأما المفوضة المهر وهي التي يزوجها على ما شاء أحدهما أو التي زوجها غير أبيها بغير إذنها بغير صداق أو التي مهرها فاسد فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ولا متعة لها، هذا ظاهر كلام الخرقي وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد أن لها المتعة دون نصف المهر وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب كالمفوضة البضع وهو مذهب أبي حنيفة لأنه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء.

ولنا: أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كما لو سماه أو نقول: لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسيس لها، وتفارق التي رضيت بغير عوض فإنها رضيت بغير صداق وعاد نصفها سليمًا ففوضت المتعة بخلاف مسألتنا.

فصل: وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما سقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا يجب به متعة لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في كل موضع يسقط كما تسقط الأبدال إذا سقط مبدلها.

فصل: قال أبو داود: سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهرًا ثم وهب لها غلامًا ثم طلقها قبل الدخول قال: لها المتعة، وذلك لأن الهبة لا تنقص بها المتعة كما لا ينقص بها نصف المسمى وكأن المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ولأنها واجبة فلا تنقص بالهبة كالمسمى.

57- **مسألة:** (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، فأعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها).

وجملة ذلك أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره، نص عليه أحمد وهو وجه

فصل: إذا أصدقها نخلاً حائلاً فأثمرت في يده فالثمرة لها لأنها نماء ملكها فإن جذها بعد تناهيها وجعلها في ظروف وألقى عليها صفراً من صفرها وهو سيلان الرطب بغير طبخ، وهذا يفعله أهل الحجاز حفظًا لرطوبتها لم يخل من ثلاثة أحوال: **أحدها**: أن لا تنقص قيمة الثمرة والصفر بل كانا بحالهما أو زادا فإنه يردهما عليها ولا شيء عليه، **والثاني**: أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين: **أحدهما**: أن يكون نقصهما متناهيًا فإنه يدفعهما إليها وأرش نقصهما لأنه تعدى بما فعله من ذلك، **الضرب الثاني**: أن لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان: **أحدهما**: أنها تأخذ قيمتها لأنها كالمستهلكة، **والثاني**: هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه، **الحال الثالث**: أن لا تنقص قيمتها لكن إن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوج إخراجها وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملكه وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرناه، وإن قال الزوج أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضي: يلزمها قبولها لأن ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لأن الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالمنفصلة عنها.

لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر هو معتبر بحال الزوجة، لأن المهر معتبر بها كذلك المتعة القائمة مقامه ومنهم من قال يجزئ في المتعة ما يقع عليه الاسم كما يجزىء، في الصداق ذلك.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ (البقرة: ٢٣٦) وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج ولأنها تختلف ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، إذا ثبت هذا فقد اختلفت الرواية عن أحمد فيها فروى عنه أعلاها خادم إذا كان موسراً وإذا كان فقيراً متعها كسوتها درعًا وخماراً وثوبًا تصلي فيه، ونحو ذلك قال ابن عباس والزهري والحسن، قال ابن عباس: أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة ونحو ما ذكرنا في أدناها، قال الثوري والأوزاعي وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي قالوا: درع وخمار وملحفة.

58- **مسألة:** (وعن أحمد يرجع في تقديرها إلى الحاكم).

وهو أحد قولي الشافعي، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات، وعنه يجب لها نصف مهر المثل ذكرها القاضي في المجرد فقال: هي مقدرة بما يضاف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به، قال شيخنا: وهذه الرواية تضعف لوجهين.

أحدهما: أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف المهر يوجب اعتبارها بحال المرأة لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها.

فـصل: فإن كانت بحالها إلا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه ينزع الصفر ويرد الثمرة والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كالتى قـبلها، فإن قال: أنا أسلمها مع الصفر والظروف، فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفى الموضع الذى حكمنا أن له رده إذا قالت: أنا أرد الثمرة وآخذ الأصل فلها ذلك فى أحد الوجهـين والآخر: ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة فى البيع، وقد ذكرناهما فى موضعها.

فـصل: إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالمًا بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد، لأنه وطء فى غير ملكه وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طاوعته، لأن المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع، والولد رقيق(٦٥) للمرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غـير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبـهة وعليه المهر والولد حر لاحق نسبه به، وعليه قيمـته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك لأنه لا ملك فيها، وتخير المرأة بين أخذها فى حال حملها وبين أخذ قيمتها لأنه نقصها بإحبالها، وهل لها الأرش مع ذلك؟ يحتـمل أن لها الأرش لأنها نقـصت بعدوانه، أشبه مـا لو نقصهـا الغاصب بذلك، وقال بعض أصحاب الشافعى فى الأرش هـهنا قولان، وقال بعضهم: ينبغى أن يكون لها المطالبة بالأرش قولاً واحدًا، لأن النقص حصل بفعله الذى تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح.

الثـانى: أن لو قدرناها بنصف مهر المثل لكانت نصف مهر المثل إذ ليس المهر معينًا فى شىء، ووجه الرواية الأولى: قول ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة رواه أبو حفص بإسناده وقدرها بكسوة يجـوز لها الصلاة فيها لأن الكسوة الواجبـة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة فى الكفارة والسترة فى الصلاة، وروى كنيف السلمى أن عبد الرحمن بن عوف طلق تماضـر الكلبية فحمـمها بجارية سـوداء يعنى متعهـا قال إبراهيم: العرب تسمى المـتعة التحميم وهذا فـيما إذا تشاحا فى قدرها فإن سمح لـها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز لأن الحق لهـما وهو مما يجوز بذله فـجاز ما اتفقا عليه كـالصداق وقد روى عن الحسن بن على أنه متع المرأة بعشرة آلاف درهم فقالت: «متاع قليل من حبيب مفارق».

59- مـسألة: (فإذا دخل بها استقر مهـر المثل لأن الوطء فى النكاح من غير مهر خالص لرسول الله ﷺ فإن طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة؟ على روايتين أصحهما لا تجب).

كل من وجب لها نصف المهر لم تجب لهـا متعة سواء كانت ممن سمـى لها صداقها أو لم يسم لها لكن فـرض لها بعد العقـد وبهذا قال أبو حنيفـة فيمن سمى لها وهـو قديم قولى الشافعى.

وروى عن أحـمد لكل مطلقـة متـاع وروى ذلك عن على بن أبى طالب ﷺ والحـسن

---

(٦٥) فى نسخة: رهن.

فـصـل: إذا أصدق ذمى ذمية خمرًا فتخللت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل أن لا يرجع عليـها بشىء لأنهـا قد زادت فى يدها بالتـخلل والزيادة لها، وإن أراد الرجـوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها، وإنما يرجع إذا زادت فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها وإن تخللت فى يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لأن الزيادة لها ويحـتمل أن يكون الخل له وعليه نصـف مهر مثلهـا إذا ترافعا إلينا قـبل القبض أو أسلما أو أحدهما.

وسـعيـد بن جـبيـر وأبى قلابـة والزهرى وقتـادة والضـحاك وأبى ثور لظاهـر قوله تعـالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ٢٤١) ولقوله سبحانه لنبيه ﷺ ﴿قُل لِّأَزْوَاجِكَ﴾ (الأحزاب: ٢٨) إلى قوله: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ فعلى هذه الرواية لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو مُسَمّى لها مدخولاً بها أو غيرها لما ذكرنا وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفـوضة التى لم يدخل بها إذا طلقت قال أبو بكر: كل مـن روى عن أبى عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن سمى لها مهر(24) إلا حنبلاً روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعًا قال أبو بكر: والعمل عليه عندى لولا تواتر الروايات عنه بخلافها.

ولنا: قولـه تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ (البقرة: ٢٣٦) الآية فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه للنساء قسمـين وإثباته لكل قسم حكمًا فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه وهذا يخص ما ذكروه ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع فى غير المفوضة على الاستحباب كدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفى وجوبها جمعًا بين دلالات الآيات والمعنى فإنه عوض واجب فى عقد فإذا سمى فيه عوض صحـيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ولأنها لا تجب لها المتعـة قبل الفرقة ولا ما يقوم مقامها فلم يجب لها عـند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها.

فـصـل: قد ذكرنا أن الزوج إذا طلق المسمى لها أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعـة لواحدة منهما على رواية حنبل وذكر قول من ذهب إليه فظاهر المـذهب أنه لا متعة لواحدة منهما وهو قـول أبى حنيفة وللشافعى قولان كالروايـتين وقد ذكرنا ذلك، إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يمتعها نص عليه أحمد فـقال: أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقًا فإن كان قد سمى لها صداقًا فـلا أوجبها عليه واستحب أن يمتع وإن سمى لهـا صداقًا، وإنما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيـها ودلالته على إيجابها وقول على ومن سمـينا من الأئمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفى الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الأدلة الدالة عليها علـى الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص، وأمـا المتوفى عنها

---

(24) وفى المغنى إلاّ لمن لم يُسَمِّ لها مهر.

فصل: إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح، ذكره أبو بكر لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما لم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسرًا أو معسرًا، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال كقولنا، ومنهم من قال: لا يصح إلا ضمان نفقة المعسر لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال: لا يصح أصلاً لأنه ضمان ما لم يجب.

ولنا: أن الحبل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا.

فلا متعة لها بالإجماع لأن النص العام لم يتناولها وإنما تناول المطلقات ولأنها أخذت العوض المسمى لها فى عقد المعاوضة فلم يجب لها به سواه كما فى سائر العقود.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **(ومهر المثل معتبر بما يساويها من نساء عصابتها كأختها وعمتها وبنت أخيها وبنت عمها)** يعتبر جميع أقاربها كأمها وخالتها وقال مالك: يعتبر بمن هى فى مثل جمالها ومالها وشرفها ولا يختص بأقربائها لأن الأغراض إنما تختلف بذلك دون الأقارب.

ولنا: قوله فى حديث ابن مسعود لها مهر نسائها ونساؤها أقاربها وما ذكره فنحن نشترطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لأنها أقرب إليهن، وقوله إنما يختلف بهذه الأوصاف دون الأقارب لا يصح لأن المرأة تطلب لحسبها كما جاء فى الأثر(25) وحسبها يختص به أقاربها ويزداد المهر بذلك ويقل وقد يكون الحى وأهل القرية لهم عادة فى الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيعتبر ذلك دون سائر الصفات، واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها فقال فى رواية حنبل: لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها فاعتبر بنساء العصبات خاصة وهذا مذهب الشافعى وقال فى رواية إسحاق ابن هانئ لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها اختاره أبو بكر.

وهذا مذهب أبى حنيفة وابن أبى ليلى لأنهن من نسائها والأولى أولى فإنه قد روى فى قصة بروع أن رسول الله ﷺ قضى فى تزويج بنت واشق بمثل مهر نساء قومها، ولأن شرف المرأة معتبر فى مهرها وشرفها بنسبها وأمها وخالتها لا يساويانها فى شرفها، وقد تكون أمها مولاة وهى شريفة، وقد تكون أمها قرشية وهى غير قرشية، وينبغى أن يكون الأقرب فالأقرب، فأقرب نساء عصباتها أخواتها لأبيها، ثم عماتها، ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب.

---

(25) مشيرًا إلى حديث النبى ﷺ «تنكح المرأة لأربع» وفيه... لحسبها... أخرجه البخارى فى «صحيحه» من كتاب النكاح «باب: الأكفاء فى الدين» (٧/ ١١) ومسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٥٣/ ١٠٨٦) من حديث أبى هريرة ﷺ.

فصل: ويجب المهر للمنكوحة نكاحًا صحيحًا والموطوءة فى نكاح فاسد، والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه، ويجب للمكرهة على الزنا، وعن أحمد رواية أخرى: أنه لا مهر لها إن كانت ثيبًا، واختاره أبو بكر، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة، وذكر القاضى أن أحمد قد قال فى رواية أبى طالب فى حق الأجنبية: إذا أكرهها على الزنا وهى بكر فعليه المهر وأرش البكارة، وهذا قول الشافعى، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا.

ولنا: قول النبى ﷺ: «فلها المهر بما استحل من فرجها»(٦٣) وهذا حجة على أبى حنيفة فإن المكره مستحل لفرجها فإن الاستحلال الفعل فى غير موضع الحل كقوله ﷺ: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه»(٦٤) وهو حجة على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة، وفى العقد الفاسد كرهًا فوجب بدله كإتلاف المال وأكل طعام الغير.

60- مسألة: (وتعتبر المساواة فى المال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد).

وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فإن لم يكن فى عصباتها من هو فى مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن.

61- مسألة: (فإن لم يوجد إلاَّ دونها زيدت بقدر فضيلتها) لأن زيادة فضيلتها تقتضى زيادة فى المهر فتقدرت الزيادة بقدر الفضيلة وإن لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها كأرش العيب بقدر نقص المبيع.

فصل: ويجب مهر المثل حالاً لأنه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات ولا يكون إلاَّ من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لأنها تختلف باختلاف صفات المتلف بل هى مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعله من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الأبدال فيمن وجب عليه فكذلك فى تأجيلها تخفيفًا عنه بخلاف غيرها.

62- مسألة: (فإن كانت عادة نسائها تأجيل المهر فرض مؤجلاً فى أحد الوجهين).

لأنه مهر مثلها **والثانى:** يفرض حالاً ما ذكرنا وإن كان عادتهم التخفيف عن عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعى، **فإن قيل:** فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات، **قلنا:** النكاح يخالف سائر المتلفات فإن سائر

---

(٦٣) تقدم برقم (١٢) فى المسألة رقم (١٠٩٩).

(٦٤) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٥/ ح٢٩١٨) من طريق أبى فروة يزيد بن سنان عن أبى المبارك عن صهيب قال: قال رسول الله ﷺ ثم ذكره... وإسناده ضعيف، أبو فروة يزيد بن سنان قال الحافظ فى التقريب: «ضعيف» وقال أبو عيسى: هذا حديث ليس إسناده بالقوى.

ولنا: على أنه لا يجب الأرش، أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء، يحققه أن المهـر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لا يخـتلف بكونه فى عقد فاسد وكونه تمحض عدوانًا ولأن الأرش يدخل فى المهر لكون الواجب لهـا مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثـيب ببكارتها فكانت الزيادة فى المهر مقـابلة لما أتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية، يـحققه أنه إذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فـتصير كأنها معدومة فلا يجب لها إلا مهر ثيب، ومهر الثيب مع أرش الكبارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه، والله أعلم.

المتلفات المقـصود بها المالية خاصـة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقـصد به أعيان الزوجين فاختلف باختـلافهم ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العـوائد والمهر يختلف بالعادات، فإن المرأة إن كـانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسـائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفًا، وإن كـانت أفضل وأشرف من نساء عادتهم تثقيل المهـر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف واليسار ونحو ذلك اعتبر جريًا على عادتهم.

63- مـسألة: (**فإن لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها من أهل بلدها**) فإن عدم ذلك اعتبرنا أقرب النساء شبهًا بها مـن أقرب البلاد إليها من غيرهم كما اعتبرنا قرابـتها البعيد إذا لم يوجد القريب.

فـصل: قال رضي الله عنه: (**فأما النكاح الفاسد فمتى افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر لأن المهر يجب بالعقد والعـقد فاسد، فإن وجوده كالعدم ولأنه عقد فـاسد فيخلو من العوض كالبيع الفاسد**).

64- مـسألة: (**فإن دخل بها استقر المسمى وعنه يجب مهر المثل وهى أصح**).

المنصوص عن أحـمد أن لها المسـمى لأن فى بعض ألفاظ حديث عائشـة: «ولها الذى أعطاها بما أصاب منها» قال القاضى: حدثناه أبو بكر البرقانى وأبو محمد الخلال بإسناديهما، وقال أبو حنيفـة: الواجب الأقل من المسمى أو مهـر المثل لأنها إن رضيت بدون مهـر مثلها ليس لها أكثر منه كالعـقد الصحيح وإن كان المسمى أكثر لم تجب الزيادة بعـقد غير صحيح، والصحيح وجـوب مهر المثل، أومـأ إليه أحمد وهو ظاهر كلام الخـرقى لقول النبى ﷺ: «فإن أصابهـا فلها المهر بـما استحل من فرجـها» فجعل لهـا المهر بالإصابة، والإصـابة إنما توجب مهر المثل ولأن العقـد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مـسيسها لم يكن لها شيء وإذا لم يكن موجبًا كان وجوده كعدمه وبقـى الوطء موجبًا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولأن القـسمة لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فـسد العقد من أصله كان أولى، وقول أبى حنيفة إنها رضيت بدون صداقهـا إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب، وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة فيوجب مهر المثل كاملاً كوطء الشبهة.

فصل: ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبى بكر ومذهب النخعى ومكحول وأبى حنيفة والشافعى، وعن أحمد رواية أخرى أن ذوات محارمه من النساء لا مهر لهن، وقول قول الشعبى لأن تحريمهن تحريم أصل فلا يستحق به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فإن تحريمها طارئ، وذلك ينبغى أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارئ أيضًا، وعن أحمد رواية أخرى: أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالأم والبنت والأخت ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لأن تحريمها أخف.

ولنا: أن ما ضمن للأجنبى ضمن للمناسب كالمال ومهر الأمة ولأنه أتلف منفعة بضعها

65- مسألة: (ولا يستقر الخلوة).

وهو قول أكثر أهل العلم، وقال أصحابنا يستقر قياسًا على العقد الصحيح ونص عليه أحمد والأول أولى لأن الصداق لم يجب بالعقد وإنما أوجبه الوطء ولم يوجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه الخلوة بالأجنبية ولأن النبى ﷺ إنما جعل لها المهر بما استحل من فرجها ولم يوجد ذلك فى الخلوة بغير إصابة وقد ذكرناه.

فصل: إذا تزوجت المرأة تزويجًا فاسدًا لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها فإن امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه نص عليه أحمد، وقال الشافعى: لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق لأنه نكاح غير منعقد أشبه النكاح فى العدة.

ولنا: أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج فى التفريق إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولأن تزويجها من غير فرقة يفضى إلى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد صحة نكاحه وفساد نكاح الآخر ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين فعلى هذا متى تزوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثانى ولم يجز تزويجها حتى يطلق الأولان أو يفسخ نكاحهما ومتى كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان بعد الدخول فلها المهر لما ذكر وإن تكرر الوطء لم يجب به أكثر من مهر واحد بدليل قوله ﷺ: «فلها المهر بما استحل من فرجها» ولأنه إصابة فى عقد أشبه الإصابة فى العقد الصحيح.

66- مسألة: (ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا ولا يجب معه أرش البكارة ويحتمل أن يجب للمكرهة).

وأما الموطءة بشبهة فيجب لها مهر المثل بغير خلاف علمناه ويجب للمكرهة على الزنا فى ظاهر المذهب، وعن أحمد لا يجب لها مهر إن كانت ثيبًا اختاره أبو بكر ولا يجب معه أرش البكارة وذكر القاضى أن أحمد ذكر فى رواية أبى طالب فى حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا فعليه المهر وأرش البكارة وهذا قول الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا مهر للمكرهة على الزنا.

بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبـية، ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليـه ضمانه كالمال، وبهذا فارق اللواط فإنه ليس بمضمون على أحد.

فـصل: ولا يجب المهر بالوطء فى الدبر ولا الـلواط لأن الشرع لم يرد ببدله، ولا هو إتلاف لشيء، فأشبه القبلة، والوطء دون الفـرج ولا يجب للمطاوعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بذله لهـا فلم يجب لها شيء كـما لو أذنت له فى قطع يدها فـقطعهـا إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذلها لأن الحق لغيرها فأشبه ما لو بذلت قطع يدها.

فـصل: ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بهـا فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى، وقال مالك: لا يلزمه إلا مهر واحد.

ولنا: أن المفروض يتنصف بطلاقه بقوله سبحانه: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ووطؤه بعد ذلك

ولنا: قول النبى ﷺ «فلها الـمهر بما استحل من فـرجها»(26) وهى حـجـة على أبى حنيفة فإن المكرهة مستحل لفرجها فـإن الاستحلال الفعل فى غير موضع الحل لقوله ﷺ: «ما آمن بالقـرآن من استحل محـارمه»(27) وهو حـجة أيضًـا على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهـر وحده من غيـر أرش ولأنه استوفى مـا يجب بدله بالشبهـة وفى العقد الفـاسد فوجب بالتعدى كإتلاف المال وأكل طعام الغير.

ولنا: أنه لا يجب الأرش لأنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء يحققه أن المهر بدل المنفـعة المستوفـاة بالوطء وبدل المتلف لا يختلف بكونه فى عقد فـاسد وكونه تمحض عـدوانًا ولأن الأرش يدخل فى المهر لكون الواجب لهـا مهر المثل ومـهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها فكانت الزيادة فى المهر مقابلة لما أتلف من البكارة ولا يجب عوضها مرة ثانية يحققه أنه إذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة ولا يجب لها إلا مهر ثيب ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر البكر فلا تجوز الزيادة عليه.

فـصل: ولا فرق بين كون المـوطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اخـتيار أبى بكر ومذهب النخعى ومكحول وأبى حنيفة والشـافعى وعن أحمد رواية أخرى أن النساء من ذوات محارمه لا مهـر لهن وهو قول الشعبى لأن تحريمهن تحريم أصل فـلا يجب به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المـصارهة فإن تحريمها طال، وكذلك ينـبغى أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارئ وكذلك ينبغى أن يكـون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارىء أيضًا، وعن أحمد رواية أخرى أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالأم والبنت والأخت ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لأن تحريمها أخف.

ولنا: أن ما ضمن للأجنبى ضمن للمناسب كالمال ومهـر الأمة ولأنه أتلف منفعة بضعها

---

(26) تقدم برقم (٦٦ مسألة ١٢١٦).

(27) أخرجه الترمذى (٥/ ح٢٩١٨) وقال أبو عيسى: ليس بالقوى وإسناده ضعيف.

عَرِيَ عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره.

فصل: ومن نكاحها باطل بالإجماع كالمزوَّجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالمًا بالحال وتحريم الوطء وهى مطاوعة عالمة فلا مهر لها لأنه زنا يوجب الحد وهى مطاوعة عليه، وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها فى العدة فالمهر لها لأنه وطء شبهة.

وقد روى أبو داود بإسناده أن رجلاً يقال له: نصر بن أكتم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر، فجعل النبى ﷺ لها الصداق(٦٥) وفى لفظ قال: «الصداق بما استحللت من فرجها، فإذا ولدت فاجلدوها»(*) وروى سعيد فى سننه عن عمران بن كثير «أن عبد الله بن

بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال وبهذا فارق اللواط فإنه غير مضمون على أحد.

فصل: ولا يجب المهر بالوطء فى الدبر ولا اللواط لأن الشرع لم يرد ببدله ولا هو إتلاف لشىء فأشبه القبلة والوطء دون الفرج، وقال فى المحرر: يجب بوطء المرأة فى الدبر كالوطء فى القبل والأول أولى لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه اللواط ولا يجب للمطاوعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب شىء كما لو أذنت له فى قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذلها لأن الحق لغيرها فأشبه ما لو بذلت قطع يدها.

فصل: ومن طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى، وقال مالك: لا يلزمه إلا مهر واحد.

ولنا: أن المفروض تنصف بطلاقه بقوله سبحانه: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ووطوءه بعد ذلك عرى عن الفعل فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره فأما من نكاحها باطل بالإجماع كالمزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالمًا بالحال وتحريم الوطء وهى مطاوعة عالمة فلا مهر لأنه زنا يوجب الحد وهى مطاوعة عليه وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها فى العدة فالمهر لها لأنه وطء شبهة وقد روى أبو داود بإسناده أن رجلاً يقال له نصر بن أكتم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر فجعل النبى ﷺ لها الصداق بما استحل من

---

(٦٥) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٣١) من طريق أبو جريج عن صفوان بن سليم عن سعيد بن المسيب عن رجل من الأنصار وإسناده ضعيف فيه ابن جريح وهو عبد الملك بن عبد العزيز وكان مدلس ويرسل وقد عنعنه، والصحيح: بصرة بن أكتم كما هو فى سنن أبى داود.

(*) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٣١) وقال أبو داود: روى هذا الحديث قتادة عن سعيد بن يزيد عن ابن المسيب، ورواه يحيى بن أبى كثير، عن يزيد بن نعيم، عن سعيد بن المسيب، وعطاء الخراسانى عن سعيد بن المسيب، أرسلوه كلهم وفى حديث يحيى بن أبى كثير أن بصرة بن أكتم نكح امرأة، وكلهم قال فى حديثه: جعل الولد عبدًا له.

الحر تزوج جارية من قومه يقال لها: الدرداء فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجهـا أهلها رجلاً يقال له: عكرمـة، فبلغ ذلك عبيـد الله فقدم فخاصـمهم إلى على ﷺ فقصوا عليـه قصتهم فرد عليه المـرأة وكانت حاملاً من عكرمة فوضعـت على يد عدل فقالت المرأة لعلى: أنا أحق بمالى أو عبيد الله؟ قال: بل أنت أحق بمالك، قالت فاشهدوا أن ما كان لى على عكرمة من صـداق فهو له، فلما وضعـت ما فى بطنها ردها على عبـيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه».

فـصل: والصَّداق إذا كان فى الذمة فهو دين إذا مـات من هو عليه وعليه دين سواه قسم ماله بينهم بالحصص، قـال أحمد فى مريض تزوج فى مرضه وعليـه دين ومات: ما ترك بين

فرجهـا وفى لفظ قال: «الصداق بما اسـتحللت من فرجها فـإذا ولدت فاجلدوها»(28) وروى سعيد فى سننه عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج امرأة من قومه يقال لها: الدرداء فانطلق عبيد الله فلـحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجـلاً يقال له: عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى على فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملاً من عكرمة فوضعت على يد عدل فقالت المـرأة لعلى: أنا أحق بمالى أو عبيد الله؟ قال: بل أنت أحق بمالك، قالت: فاشـهدوا أن ما كان لى عند عكرمة من صداق فهـو له، فلما وضعت ما فى بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه.

67- مـسألة: (وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه أرش بكارتها).

وقال القاضى: يجب مـهر المثل إذا دفع أجنبيـة فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بأصبعه أو غيرها فـعليه أرش بكارتها وهو مذهب الشـافعى لأنه إتلاف حر لم يرد الشرع بتقـدير عوضه فرجع فى ديتـه إلى الحكومة كسـائر ما لم يقدر ولأنه إذا لم يكـمل به الصداق فى حق الزوج ففى حق الأجنبى أولى وروى عن أحمد أن لها صداق نسائهـا اختاره القاضى وقال أحمد: إن تزوج امرأة فدفعهـا هو وأخوه فأذهبا عذرتها ثم طلقها قبل الـدخول فعلى الزوج نصف المهر وعلى الأخ نصفه روى عن على وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان فروى سعيـد ثنا هشيم ثنا مغيـرة عن إبراهيم أن رجلاً كان عنده أجنبيـة فخافت امرأته أن يتـزوجها فاستـعانت نسوة فضـبطنها لها أفسدت عـذرتها وقالت لزوجهـا إنها فجرت فـأخبر على ﷺ بذلك فأرسل إلى امـرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبـثن أن اعترفن فقـال للحسن بن على: اقض فيهـا يا حسن فقال: الحد عـلى من قذفها والمهـر عليها وعلى الممسـكات، فقال على: لو كلفت الإبل طحنًا لطحنت وما يطحن يومئذ بعير، قال ثـنا هشيم أنا إسماعيل بن سالم أخبرنا الشعبى أن جوارى أربعًـا قالت إحداهن: هى رجل وقالت الأخرى: هى امرأة وقـالت الثالثة:

---

(28) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢١٣١) من طريق ابن جريح وإسناده ضعيف.

العرماء والمرأة بالحصص، وذلك لأن نكاح المريض صحيح والصداق دين فتساوى سائر الديون.

فصل: وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة مثل إسلامها أو ردتها أو إرضاعها من ينفسخ النكاح بإرضاعه أو ارتضاعها وهى صغيرة أو فسخت لإعساره أو عيبه أو لعتقها تحت عبد أو فسخه بعيبها فإنه يسقط به مهرها ولا يجب لها متعة لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه، وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو جاءت من أجنبى كالرضاع أو وطء ينفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه أو المتعة لغير من سمى لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء

هى أبو التى زعمت أنها رجل وقالت الرابعة: هى أبو التى زعمت أنها امرأة فخطبت التى زعمت أنها أبو الرجل التى زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها فعمدت إليها فأفسدتها بأصبعها فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أربعًا وألقى حصة التى أمكنت من نفسها فبلغ ذلك عبد الله بن معقل فقال: لو وليت أنا لجعلت الصداق على التى أفسدت الجارية وحدها وهذه قصص نشرت ولم تنكر فكانت إجماعًا ولأن إتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فإذا أتلفه أجنبى وجب المهر كنفقة البضع والقول الأول هو القياس لولا ما روى عن الصحابة ﷺ وأرش البكارة ما بين مهر البكر والثيب والله أعلم.

68- مسألة: (فإن فعل الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا نصف المسمى).

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الصداق كاملاً لأنه أذهب عذرتها فى نكاح صحيح فأشبه ما لو أذهبها بالوطء.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ وهذه مطلقة قبل المسيس فأشبه ما لو لم يدفعها ولأنه أتلف ما يستحق إتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملاً فإن أحمد قال إذا فعل ذلك أجنبى عليه الصداق فيما إذا فعله الزوج أولى فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقدير الصداق وقد روى عن أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها أو نظر إليها وهى عريانة أن عليه الصداق كاملاً فهذا أولى.

69- مسألة: (وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها إذا كان حالاً).

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها فإن قال الزوج: لا أسلم إليها الصداق حتى أسلمها أجبر على تسليم الصداق أولاً ثم تجبر هى على تسليم نفسها ومذهب الشافعى فى هذا على نحو مذهبه فى البيع.

الفسخ من قبل أجنبى، وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه لأنها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح فلا يسـقط بها المهر كمـا لو ماتت حتف أنفهـا سواء قتلها زوجهـا أو أجنبى أو قتلت نفسها أو قتل الأمة سيدها، وإن طلق الحاكم على الزوج فى الإيلاء فهو كطلاقه لأنه قام مقامه فى إيفاء الحق عليه عند امتناعه منه، وفى فرقة اللعان روايتان:

ولنا: أن فى إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع فى البضع بخلاف المبيع الذى يجـبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه فإذا تقرر ذلك فلها النفقة إن امتنعت لذلك وإن كان معسـراً بالصداق لأن امتناعها بحق فإن كان الصداق مؤجلاً فليس لها منع نفسها قبل قبضه لأن رضاها بتـأجيله رضى منها بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل فى البيع فإن حل المؤجل قبل تسليم نفـسها لم يكن لها منع نفسها أيضًا لأن التسليم قـد وجب عليها واستـقر قبل قبـضه فلم يكن لها أن تمـتنع منه فإن كان بعضـه حالاً وبعضه مؤجلاً فلهـا منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل فإن سلمت نفسهـا قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتـى تقبضه فهل لها ذلك؟ على وجهين، وقـد توقف أحمد رحمه الله عن الجواب فى هذه المسـألة وذهب أبو عبد الله بن بطة وأبو إسحاق بن شاقـلا إلى أنها ليس لها ذلك وهو قول مـالك والشافعى وأبو يوسف ومـحمد، لأن التـسليم استقـر به العوض برضى المسلم فلم يكن لها أن تمنع نفسها بعد ذلك كـما لو سلم البائع المبيع وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أنها لها ذلك وهو مذهب أبى حنيفة لأنه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها الأول فأما إن وطئها مكرهة لم يسقط حقه من الامتناع لأنه حصل بغير رضاها فهو كالمبيع إذا أخذه المشترى من البائع كرهًا فإن أخذت الصداق فوجدت به عيبًا فلها منع نفسها حتى يبذله أو يعطيها أرشه لأن صداقها صحيح وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على وجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع والأولى ههنا أن لها الامـتناع لأنها إنمـا سلمت نفسهـا ظنًا أنها قد قـبضت صداقـها بخلاف المـسألة المقيس عليها وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها، ولو بقى منه درهم كان كبقاء جميعه لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون.

70- مسألة: (وإن أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ إذا كان حالاً) .

اختاره أبو بكر لأنه تعـذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم العـوض فكان لها الفسخ كما لو أعـسر المشترى بالثـمن قبل تسليم المبيع وفـيه وجه آخر ليس لها الفـسخ اختاره ابن حامد قـال شيخنا: وهو الصحيح لأنه دين فلم ينفـسخ بالإعسار به كالنفقة المـاضية ولأنه لا نص فيه ولا يصح قـياسه على الثمن فى المبيع لأن الثـمن كان مقصود البائع والعـادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المـقصود فى النكاح ولذلك لا يفسد النكاح بفـساده ولا بترك

إحداهما: هى كطلاقه لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه، **والثانية:** يسقط به مهرها، لأن الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته، وفى فرقة شرائها لزوجها أيضًا روايتان:

إحـداهمـا: يتنصف بها مهرها، لأن البيع الموجب للفسخ ثم بالسيد القائم مقام الزوج وبالمرأة فأشبه الخلع، **والثانـية:** يسقط المهر، لأن الفسخ وجد عقيب قبولها، فأشبه فسخها لعنته، وفيما إذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين فى شرائها لزوجها، وإذا جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها فى الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها لأن المرأة وإن باشرت الطلاق فهى نائبة عنه ووكيلة له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه صدر عن مباشرته، وإن علق طلاقها على فعل من قبلـها لم يسقط مهرها، لأن السبب منه وجد، وإنما هى حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب، والله أعلم.

ذكره والعـادة تأخيره ولأن أكـثر من يشتـرى بثمن حال يـكون موسرًا به وليس الأكـثر أن من يتزوج بمهر يكون موسرًا به وفيه وجه ثالث أنه إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشترى والمـبيع بحاله فإن كان بعد الدخـول لم يملك الفسخ لأن المعقود عليـه قد استوفى فأشبـه ما لو أفلس المشتـرى بعد تلف المبيع أو بعـضه وللشافعى نحـو هذه الوجوه وقيل إذا أعسر بعد الدخول انبنى على منـع نفسها إن قلنا لها منع نفسها بالدخول فلهـا الفسخ كما قبل الدخول، وإن قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين آخر.

71- مسألة: (ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم).

لأنه فسخ يجتـهد فيه مخـتلف فيه فأشبـه الفسخ للعنة والفسخ للإعسـار بالنفقة ولأنه لو فسخ بغيـر حكم اعتقدت أن النكاح انفسخ وأبيح لهـا أن تتزوج والزوج يعتقد أنهـا زوجته لم ينفسخ نكاحهـا فيصير للمرأة زوجان كل واحـد يعتقد حلها له وتحريمـها على الآخر وهذا لا يجوز فى الإسـلام وفيه وجـه آخر أنه يجـوز بغير حكم حـاكم كخيـار المعـتقة تحت العـبد والصحيح الأول ولا يصح قياسه على المعتقة لأن ذلك متفق عليه وهذا مختلف فيه.

كتـــــاب الوليـمـــــة

الوليمة اسم للطعـام فى العرس خاصة، لا يقع هذا الاسم على غـيره، كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة، وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم: إن الوليمة تقع على كل طعام لسـرور حادث إلا أن استعـمالها فى طعـام العرس أكثر، وقـول أهل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان، وهم أعـرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسـان العرب، والعذيرة اسم لدعوة الختان، وتسمى الأعذار، والخُرْس والخُرْسة عند الولادة، والوكِيرة دعوة البناء، يقال: وكَّر وخَرَّس، مشدد، والنَّقـيعة عند قدوم الغائب يقال: نقع، مخفف، والـعقيقة الذبح لأجل الولد، قال الشاعر:

كلُّ الطعـــامِ تَشْـتَـهـى ربيـعَــه ... الخُـرْسُ والأعـذارُ والنقـــيعـــهْ

والحذاق: الطعام عـند حذاق الصبى(*)، والمأدبة اسم لكل دعوة لسـبب كانت أو لغير سبب، والأدب صاحب المأدبة، قال الشاعر:

نحن فى المـشـتاة ندعـو الجَـفَلى ... لا يَرَى الآدِبَ مـنا ينتـــفِـــرْ(١)

بـــاب الوليـمـــــة(١)

وهى اسم لدعوة العرس خاصة، لا يقع هذا الاسم على غيره، كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة، وقال بعض أصحـابنا وغيرهم إنها تقع على كل طعام لسرور حادث إلا أن استعـمالها فى طعام العرس أكثر وقول أهـل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعـات اللغة وأعلم بلسان العرب، والعذيرة اسم لدعوة الخـتان وتسمى الأعذار، والخرس والخرسة عند الولادة، والذكـيرة دعوة البناء يقال ذكر وخرس مشـدد، والنقيعة عند قدوم الغائب ويقال نقع مخفف والعقيقة الذبح لأجل الولد، قال الشاعر:

كل الطعـــام تشـتـهـى ربيـعـــه ... الخـــرس والأعـذار والنقـــيعـــهْ

والحذاق: الطعـام عند حذاق الصـبى، والمأدبة: اسم لكل دعوة لـسبب كانت أو لغـير سبب والآدب صاحب المأدبة قال الشاعر:

نَحنُ فى المُـشْـتاةِ نَدعـو الجَـفَلى ... لا يَرَى الآدِبَ مِـنَّا يَنْـتَـــفِـــرُ

(*) حذاق الصبى: عند ختمه للقرآن.

(١) البيـت فى اللسان (١١/ ١١٤) وقـال: هو لطرفة بن العـبد، والجَفَـلى: قال الأخفش دعـى فلان فى النَّقَرَى لا فى الجـفلى والأجْفَلى أى دُعى فى الخاصـة لا فى العامة، وقـال الفرَّاء: جاء القـوم أجْفلة وأزفلة أى جماعة، وقال بعضهم: الأجْفلى والأزفَلى: الجماعة من كل شىء. اهـ.

(١) جميع أحاديث هذا الباب مخرجة مستوفية فى كتاب الوليمة من المغنى إلا ما زاد عليه المؤلف هنا فقد قمنا بتحقيقه.

والجَفَلَى فى الدعوة أن يعم الناس بدعوته، والنقرى هو أن يخص قومًا دون قوم.

١٢١٧- مسألة: قال: **(ويستحب لمن تزوج أن يولم ولو بشاة).**

لا خلاف بين أهل العلم فى أن الوليمة سُنة فى العرس مشروعة، لما روى أن النبى ﷺ أمر بها وفعلها، فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال تزوجت: «أولم ولو بشاة»(٢) وقال أنس: ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب، جعل يبعثنى فأدعو له الناس، فأطعمهم خبزًا ولحمًا حتى شبعوا(٣)، وقال أنس: إن رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء فبنى بها، ثم صنع حيسًا فى نطع صغير ثم قال: «ائذن لمن حولك» فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية، متفق عليه(٤)، ويستحب أن يولم بشاة إن أمكنه ذلك لقول رسول الله ﷺ لعبد الرحمن: «أولم ولو بشاة» وقال أنس: ما أولم النبىّ ﷺ على شىء من نسائه ما أولم على زينب، أولم بشاة، لفظ البخارى، فإن أولم بغير هذا جاز، فقد أولم النبىّ ﷺ على صفية بحيس، وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير، رواه البخارى(٥).

والجَفَلى فى الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقرى هو أن يخص قوما دون قوم.

أ- مسألة: (وهى مستحبة) لا خلاف بين أهل العلم فى أن الوليمة فى العرس سنة مشروعة لما روى أن النبى ﷺ أمر بها وفعلها فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال له تزوجت: «أولم ولو بشاة» وقال أنس: ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثنى أدعو له الناس فأطعمهم لحمًا وخبزًا حتى شبعوا، وقال أنس إن رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ بها ثنية الصهباء فبنى بها ثم صنع حيسًا فى نطع صغير ثم قال: «ائذن لمن حولك» فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية، متفق عليهن، ويستحب أن يولم بشاة لحديث عبد الرحمن بن عوف وقال أنس: ما أولم النبى ﷺ على شىء من نسائه ما أولم على زينب أولم بشاة، لفظ البخارى، فإن أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبى ﷺ على صفية بحيس وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير.

---

(٢) تقدم فى المسألة رقم (١١٣٥/ برقم/ ١٧٠).

(٣) أخرجه البخارى فى «التفسير» (٨/ ح٤٧٩٣/ فتح) وفى كتاب النكاح (٩/ ح٥١٧١/ فتح) ومسلم فى «كتاب النكاح» (٢/ ٩١/ ١٠٤٩، ١٠٥٠) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٤٧٤٣) وابن ماجه (١/ ح١٩٠٨) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ١٧٢، ٢٢٧).

(٤) أخرجه البخارى فى كتاب «البيوع» (٤/ ح٢٢٣٥/ فتح) وفى كتاب الجهاد (٦/ ح٢٨٩٣) ومسلم فى «كتاب النكاح» (٢/ ٨٤/ ١٠٤٣. ١٠٤٤) بنحوه. **الصهباء:** اسم لموضع بينه وبين خيبر روحة، معجم البلدان (٣/ ٤٣٧) **والحيس:** الطعام المتخذ من، التمر والأقط والسمن وقد يحصل عوض الأقط الدقيق والفتيت. **والنطع:** وعاء من أدم.

(٥) أخرجه البخارى فى «كتاب النكاح» (٩/ ح٥١٧٢/ فتح) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ١١٣).

فـصل: وليست واجبة فى قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب الشافعى هى واجبة لأن النبىّ ﷺ أمر بها عبد الرحمن بن عوف ولأن الإجابة إليها واجبة فكانت واجبة.

ولنا: أنها طعام لسرور حادث، فـأشبه سائر الأطعمة، والخبر محمـول على الاستحباب بدليل ما ذكـرناه، وكونه أمـر بشاة، ولا خلاف فى أنهـا لا تجب، وما ذكـروه من المعنى لا أصل له، ثم هو باطل بالسلام ليس بواجبٍ وإجابة المُسَلِّمِ واجبة.

١٢١٨- **مسألة:** قال: **(وعلى من دُعِيَ أن يجيب).**

قال ابن عبد البـر: لا خلاف فى وجوب الإجابة إلى الوليمـة لمن دعى إليها إذا لم يكن فيها لهو، وبه يقـول مالك والشافعى والعنبرى وأبو حنيفة وأصحـابه، ومن أصحاب الشافعى من قال: هى من فروض الكفايات لأن الإجابة إكرام وموالاة فهى كرد السلام.

ولنا: مـا روى ابن عـمـر أن رسـول الله ﷺ قـال: «إذا دعى أحـدكم إلى الوليـمـة فليأتها»(٦) وفى لفظ قال: قال رسول الله ﷺ: «أجيبوا هذه الدعوة إذا دُعيتم إليها»(٧) وقال

فـصل: وليست واجـبة فى قول أكـثر أهل العلم، وقال بعض أصحـاب الشافعى: هى واجبة لأن النبى ﷺ أمر بها عبد الرحمن بن عوف ولأن الإجابة إليها واجبة.

ولنا: أنها طعام لسرور حادث فأشبه سائر الأطعمـة، والخبر محمول على الاستحباب لما ذكرنا وكـونه أمر بشاة ولا خـلاف فى أنها لا تجب وما ذكروه مـن المعنى لا أصل له ثم هو باطل بالسلام ليس هو بواجب وإجابة المسلم واجبة.

2- **مسألة: (والإجابة إليها واجبة إذا عينه الداعى المسلم فى اليوم الأول).**

قال ابن عبد البـر: لا خلاف فى وجوب الإجابة إلى الوليمـة لمن دعى إليها إذا لم يكن فيها لهو، وبه يقـول مالك والشافعى والثورى والعنبرى وأبو حنيفـة وأصحابه، ومن أصحاب الشافعى من قال هى من فروض الكفايات لأن الإجابة إكرام وموالاة فهى كرد السلام.

ولنا: ما روى ابن عمـر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دعى أحدكم إلى الوليمـة فليأتها» وفى لفظ قال: قال رسول الله ﷺ: «أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها» وقال أبو هريرة شر الطعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء، ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله، رواهن البخارى، وهذا عام فى معنى قوله شر الطعـام طعام الوليمة والله أعلم، أى طعام الوليمة التى

---

(٦) أخرجه البخارى «كتاب النكاح» (٩/ ح٥١٧٣/ فتح) ومسلم فى «كتاب نكاح» (٢/ ٩٦/ ١٠٥٢) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٧٣٦) وابن مـاجـه فى «سننه» (١/ ح١٦١٤) والدارمى فى «سـننه»(٢/ ح٢٢٠٥) بلفظ «فليـجب» ومالك فى المـوطأ (٢/ ٤٩/ ٥٤٦) وأحمد فـى «مسنده» (٢/ ٢٠، ٢٢، ٣٧، ١٠١) بألفاظ متقاربة.

(٧) أخـرجه البـخارى فى «كـتاب النكاح» (٩/ ح٥١٧٩/ فـتح) ومـسلم فى «كتـاب النكاح» (٢/ ١٠٣/ ١٠٥٣) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١٠٩٨) وقال: حسن صحـيح بلفظ: ائتوا... وأحمد فى مسنده (٢/ ٦٨، ١٢٧).

أبو هريرة: شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء، ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله(٨)، رواهن البخارى، وهذا عام، ومعنى قوله: «شر الطعام طعام الوليمة» والله أعلم أى طعام الوليمة التى يدعى إليها الأغنياء ويترك الفقراء ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام، فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب إليها ولا أمر بالإجابة إليها ولا فعلها، ولأن الإجابة تجب بالدعوة فكل من دُعِى فقد وجبت عليه الإجابة.

فصل: وإنما تجب الإجابة على من عُين بالدعوة، بأن يدعو رجلاً بعينه أو جماعة معينين، فإن دعا الجفلى بأن يقول يا أيها الناس أجيبوا إلى الوليمة، أو يقول الرسول: أُمرت أن أدعو كل من لقيت أو من شئت لم تجب الإجابة ولم تستحب، لأنه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الإجابة ولأنه غير منصوص عليه، ولا يحصل كسر قلب الداعى بترك إجابته، وتجوز الإجابة بهذا لدخوله فى عموم الدعاء.

فصل: وإذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز، فقد روى الخلال بإسناده عن أبىّ أنه أعرس ودعا الأنصار ثمانية أيام(٩)، وإذا دعى فى اليوم الأول وجبت الإجابة وفى اليوم الثانى

يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب إليها ولا أمر بالإجابة إليها ولا فعلها ولأن الإجابة تجب بالدعوة فكل من دعى فقد وجب عليه الإجابة.

فصل: وإنما تجب الإجابة على من عين بالدعوة، بأن يدعو رجلاً بعينه أو جماعة معينين.

3- مسألة: فإن دعا الجفلى كقوله يأيها الناس تعالوا إلى الطعام أو يقول الرسول أمرت أن أدعو كل من لقيت أو شئت لم تجب الإجابة ولم تستحب لأنه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الإجابة ولأنه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعى بترك إجابته، وتجوز الإجابة بهذا لدخوله فى عموم الدعاء.

4- مسألة: (أو دعاه فيما بعد اليوم الأول).

إذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز فقد روى الخلال بإسناده عن أبى أنه أعرس فدعا

---

(٨) أخرجه البخارى فى كتاب النكاح (٩/ ح٥١٧٧/ فتح) ومسلم فى النكاح (٢/ ١٠٧، ١٠٩، ١٠٥٤، ١٠٥٥) من حديث أبى هريرة موقوفًا، وأخرجه أيضًا من حديث أبى هريرة مرفوعًا (٢/ ١١٠/ ١٠٥٥) بلفظ: «يمنعها من يأتيها ويدعى إليها من يأباها...» وأبو داود فى سننه (٣/ ح٣٧٤٢) وابن ماجه فى سننه (١/ ح١٩١٣) والدارمى فى سننه (٢/ ٢٠٦٧) وفيه «المساكين» «بدلاً من الفقراء» ومالك فى الموطأ (٢/ ٥٠/ ٥٤٦) بلفظ: الدارمى، أحمد فى مسنده (٢/ ٢٤١، ٢٦٧، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٩٤) بلفظ: المساكين، وابن حبان فى صحيحه (٧/ ح٥٢٨١) إحسان.

(٩) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (١٠/ ٤٤٨/ ١٩٦٦٥) وذكره ابن حجر فى الفتح (٩/ ١٥١) وإسناده صحيح.

تستحب الإجابة وفى اليوم الثالث لا تستحب، قال أحمد: الأول يجب والثانى إن أحب الثالث فلا، وهكذا مذهب الشافعى، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الوليمة أول يوم حق والثانى معروف والثالث رياء وسمعة»(١٠) رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما، وقاله سعيد ابن المسيب أيضًا، ودعى سعيد إلى الوليمة مرتين فأجاب فدعى الثالثة فحصب الرسول، رواه أبو داود والخلال(١١).

فصل: والدعاء إلى الوليمة إذن فى الدخول والأكل، بدليل ما روى أبو هريرة عن النبىّ ﷺ أنه قال: «إذا دعى أحدكم فجاء مع الرسول فذلك إذن له»(١٢) رواه أبو داود، وقال عبد الله بن مسعود: «إذا دعيت فقد أُذن لك» رواه الإمام أحمد بإسناده(١٣).

فصل: فإن دعاه ذمى فقال أصحابنا لا تجب إجابته، لأن الإجابة للمسلم للإكرام والموالاة وتأكيد المودة والإخاء فلا تجب على المسلم للذمى ولأنه لا يأمن اختلاط طعامهم

الأنصار ثمانية أيام، فمتى دعا فيما بعد اليوم الأول فإن كان فى اليوم الثانى استحبت الإجابة ولم تجب وفى اليوم الثالث لا تستحب، قال أحمد: الأول يجب والثانى يستحب والثالث فلا وهكذا مذهب الشافعى، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الوليمة أول يوم حق والثانى معروف والثالث رياء وسمعة» رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما وروى عن سعيد بن المسيب أنه دعى إلى وليمة عرس مرتين فأجاب فدعى لثالثة فحصب الرسول، رواه الخلال.

فصل: فإن دعاه ذمى لم تجب الإجابة، قال أصحابنا لأن الإجابة للمسلم للإكرام

---

(١٠) أخرجه أبو داود فى «الأطعمة» (٣/ ح٣٧٤٥) وابن ماجه فى سننه (١/ ح١٩١٥) وقال فى الزوائد: فى إسناده أبو مالك النخعى وهو ممن اتفقوا على ضعفه، وأحمد فى مسنده (٥/ ٢٨، ٣٧١) والدارمى فى سننه (٢/ ح٢٠٦٥) والبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ٢٦٠) عن همام عن قتادة عن الحسن عن عبد الله بن عثمان الثقفى عن رجل أعور من ثقيف كان يقال له معروفًا أى يثنى عليه خيرا إن لم يكن اسمه زهير بن عثمان فلا أدرى ما اسمه إن النبى ﷺ قال: فذكره... وذكره الهيثمى فى «المجمع» (٤/ ٥٦) من حديث عبد الله بن مسعود وقال، رواه الطبرانى فى «الكبير» وفيه عطاء ابن السائب وقد اختلط وذكره ابن حجر فى الفتح (٩/ ١٥١) وقال: قال البخارى لا يصح إسناده ولا يصح له صحبة يغنى لزهير... اهـ.

(١١) أخرجه أبو داود فى سننه (٣/ ح٣٧٤٦) «من كتاب الأطعمة» والبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ٢٦٠) وإسناده ضعيف.

(١٢) أخرجه أبو داود فى سننه (٤/ ح٥١٩٠) وقال أبو قتادة: لم يسمع من أبى رافع شيئًا، وأحمد فى مسنده (٢/ ٥٣٣) والبخارى فى الأدب المفرد (١٠٧٥) من طريق قتادة عن أبى رافع عن أبى هريرة وقتادة مدلس وقد عنعنه ولكن له شاهد عند أبى داود أيضًا (٤/ ح٥١٨٩) من حديث أبى هريرة، والبخارى فى الأدب المفرد (١٠٧٦) وإسناده صحيح على شرط مسلم.

(١٣) أخرجه البخارى فى «الأدب المفرد» (١٠٧٤) عن أبى الأحوص عن عبد الله قال: «إذا دعى الرجل فقد أذن له» وإسناده صحيح على شرط مسلم.

بالحرام والنجاسة، ولكن تجوز إجابتهم لما روى أنس: أن يهوديًا دعا النبىّ ﷺ إلى خبز شعير وإهالة سنخة فأجابه، ذكره الإمام أحمد فى الزهد(١٤).

فصل: فإن دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما وسبق أحدهما أجاب السابق، لأن إجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثانى، ولم تجب إجابة الثانى لأنها غير ممكنة مع إجابة الأول، فإن استويا أجاب أقربهما منه بابًا لما روى أبو داود بإسناده عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما بابًا فإن أقربهما بابًا أقربهما جوارًا، فإن سبق أحدهما فأجب الذى سبق»(١٥) وروى البخارى بإسناده عن عائشة قالت: قلت يا رسول الله إن لى جارين فإلى أيهما أهدى؟ قال: «أقربهما منك بابًا»(١٦) ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعانى، فإن استويا أجاب أقربهما رحمًا لما فيه من صلة الرحم، فإن استويا أجاب أدينهما فإن استويا أقرع بينهما لأن القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق.

١٢١٩- مسألة: قال: **(فإن لم يُحب أن يطعم دعا وانصرف).**

وجملة ذلك: أن الواجب الإجابة إلى الدعوة لأنها الذى أمر به وتوعد على تركه، أما الأكل فغير واجب صائمًا كان أو مفطرًا، نص عليه أحمد، لكن إن كان المدعو صائمًا صومًا واجبًا أجاب ولم يفطر لأن الفطر غير جائز، فإن الصوم واجب والأكل غير واجب، وقد روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعى أحدكم فليجب، فإن كان صائمًا فليدع، وإن

والموالاة وتأكيد المودة والإخاء فلا تجب على المسلم للذمى ولأنه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة وتجوز إجابتهم لما روى أنس أن النبى ﷺ دعاه يهودى إلى خبز شعير وإهالة سنخة فأجابه، ذكره الإمام أحمد فى الزهد.

5- مسألة: (وسائر الدعوات والإجابة إليها مستحبة غير واجبة لما فيها من إطعام الطعام وكذلك الإجابة إليها) وهذا قول مالك والشافعى وأبى حنيفة، وقال العنبرى: تجب الإجابة إلى كل دعوة لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسًا كان أو غير عرس» رواه أبو داود.

ولنا: أن الصحيح من السنة إنما ورد فى إجابة الداعى إلى الوليمة وهى الطعام فى العرس

---

(١٤) تقدم برقم (١٩٢) فى المسألة رقم (٧٧٢).

(١٥) أخرجه أبو داود فى سننه (٣/ ح٣٧٥٦) وأحمد فى مسنده (٥/ ٤٠٨) والبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ٢٧٥) من طريق يزيد بن عبد الرحمن الدالانى عن أبى العلاء الأودى عن حميد بن عبد الرحمن عن رجل عن أصحاب النبى ﷺ أن النبى قال: . . . فذكره، وإسناده ضعيف فيه يزيد بن عبد الرحمن الدالانى، وكنيته أبو خالد، قال الحافظ: «صدوق» يخطئ كثيرًا وكان مدلسًا، وقال الحافظ فى التلخيص (٣/ ٢٢١): إسناده ضعيف.

(١٦) أخرجه البخارى فى كتاب الشفعة (٤/ ح٢٢٥٩/ فتح) وأحمد فى مسنده (٦/ ١٧٥، ١٨٧، ١٩٣، ٢٣٩).

كـان مفـطرًا فليطعم»(١٧) رواه أبو داود وفي رواية فليـصل يعني يدعو، ودعى ابن عـمر إلى وليمة فحضر ومد يـديه وقال: باسم الله، ثم قبض يده وقال: كلوا فإني صائم(*)، وإن كـان صومًا تطوعـًا استحب له الأكل، لأن له الخـروج من الصوم، فإذا كان في الأكل إجـابة أخيه المسلم وإدخـال السرور على قلبه كـان أولى وقد روى: أن النبيّ ﷺ كان في دعوة ومـعه جمـاعة فاعـتزل رجل من القـوم ناحية فـقال إني صائم فـقال النبي ﷺ: «دعـاكم أخوكم وتكلف لكم، كل ثم صم يومًـا مكانه إن شئت»(١٨) وإن أحب إتمام الصيـام جاز، لما روينا من الخبر المتقدم ولكن يدعو لهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الأكل، وقد روى أبو حفـص بإسناده عن عثمان بن عفـان ﷺ: أنه أجاب عبد المـغيرة وهو صائم فقال إني صائم ولكنني أحببت أن أجيب الداعي فأدعو بالبركة، وعن عبد الله قال: «إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليـقل إني صائم» وإن كان مفطرًا فالأولى له الأكل لأنه أبلغ في إكرام الداعي وجـبر قلبه(١٩) ولا يجب عليه ذلك، وقال أصحـاب الشافعي فيه وجه آخر: أنه يلزمـه الأكل لقول النبي ﷺ: «وإن كان مفطرًا فليطعم» ولأن المـقصود منه الأكل فكان واجبًا.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إذا دعى أحـدكم فليجب، فإن شاء أكل وإن شـاء ترك» حديث صـحـيح(٢٠)، ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المـتطوع بالصوم فلما لـم يلزمه الأكل لم

خاصة كذلك قال الخليل وثعلب وغيـرهما من أهل اللغة، وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسـول الله ﷺ أنه قال: «إذا دعى أحدكم إلى وليمـة عرس فليجب» رواه ابن ماجه، وقال عـثمان بن أبي العاص كنا لا نأتي الختان علـى عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى إليه رواه الإمام أحـمد في المسند ولأن التزويج يستـحب إعلانه وكثرة الجمع فيـه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره، فـأما الأمر بالإجابة إلى غيره فمحمـول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيـرها، وإجابة كل داع مستحبة لهـذا الخبر، وقد روى البراء أن النبي ﷺ أمر بإجـابة الداعي ـ متفق عليه ـ ولأنه جبـر قلب للداعي وتطييب قلبه وقد دعى أحمـد إلى ختان فأجاب وأكل، فأمـا غير دعوة العرس في حق فاعلهـا فليست لها

---

(١٧) أخرجه مـسلم في كتاب النكاح (٢/ ١٠٦/ ١٠٥٤) وأبو داود في «سننه» (٢/ ح٢٤٦٠) والـترمذي في «سننه» (٣/ ح٧٨٠) وأحمد في «مسنده» (٢/ ٢٧٩، ٤٨٩، ٥٠٧).

(*) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٦٣) ورجاله ثقات.

(١٨) أخرجـه البيـهقي في «السنن الكـبرى» (٤/ ٢٧٩) وذكره الحـافظ في الفتح (٤/ ٢٤٧) وقـال إسناده حسن.

(١٩) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٤/ ٢٠٠/ ٧٤٨٣) من حديث عبد الله بن مسعود موقوفًا.

(٢٠) أخرجه مسلم في كتاب «النكاح» (٢/ ١٠٥/ ١٠٥٤) وأبو داود في «سننه» (٣/ ح٣٧٤٠) وابن ماجه في «سننه» (١/ ح١٧٥١).

يلزمه إذا كان مفطراً وقولهم المقصود الأكل قلنا بل المقصود الإجابة ولذلك وجبت على الصائم الذى لا يأكل.

فصل: إذا دعى إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر العود ونحوه وأمكنه الإنكار وإزالة المنكر لزمه الحضور والإنكار، لأنه يؤدى فرضين: إجابة أخيه المسلم، وإزالة المنكر، وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر، إن لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله، فإن لم يقدر انصرف، ونحو هذا قال الشافعى، وقال مالك: أما اللهو الخفيف، كالدف والكَبَر(٢١) فلا يرجع وقاله ابن القاسم، وقال أصبغ: أرى أن يرجع، وقال أبو حنيفة: إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل.

وقال محمد بن الحسن: إن كان ممن يقتدى به فأحب إلىّ أن يخرج، وقال الليث: إذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغى له أن يشهدها، والأصل فى هذا ما روى سفينة: أن رجلاً أضافه علىّ، فصنع له طعامًا فقالت فاطمة: لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا؟ فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتى الباب فرأى قرامًا فى ناحية البيت فرجع، فقالت فاطمة لعلىّ: الحقه فقل له: ما أرجعك يا رسول الله؟ فقال: إنه ليس لى أن أدخل بيتًا مزوقًا، حديث حسن(٢٢)، وروى أبو حفص بإسناده أن النبى ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر

فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها وهى بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه وإطعام إخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك إن شاء الله تعالى.

6- مسألة: (وإذا حضر وهو صائم صومًا واجبًا لم يفطر) وإن كان نفلاً أو مفطراً استحب له الأكل وإن أحب دعا وانصرف.

وجملة ذلك أن الواجب الإجابة إلى الدعوة لأنها الذى أمر به وتوعد على تركه أما الأكل فغير واجب صائمًا كان أو مفطراً، نص عليه أحمد، لكن إن كان صومه واجبًا أجاب ولم يفطر لأن الفطر محرم والأكل غير واجب وقد روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعى أحدكم فليجب فإن كان صائمًا فليدع وإن كان مفطراً فليطعم» رواه أبو داود، وفى رواية فليصل يعنى يدعو، ودعى ابن عمر إلى وليمة فحضر ومد يده وقال باسم الله ثم قبض يده وقال كلوا فإنى صائم، وإن كان صائمًا تطوعًا استحب له الأكل لأن له الخروج من الصوم ولأن فيه إدخال السرور على قلب أخيه المسلم وقد روى أن النبى ﷺ كان فى دعوة ومعه

---

(٢١) الكَبَر ـ بفتحتين: الطبل الذى له وجه واحد وجمعه: كبار مثل: جمل وجمال ـ اللسان (كبر).

(٢٢) أخرجه أبو داود فى «الأطعمة» (٣/ ح٣٧٧٥) وفيه زيادة «أو لنبى» وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٣٦٠) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٢٢١، ٢٢٢) ورواه ابن عبد البر فى «التمهيد» (١٠/ ١٨٠، ١٨١) وإسناده حسن. **القرام**، بكسر القاف ـ ثوب رقيق من صوف فيه ألوان من العهون ورقوم ونقوش يتخذ ستراً نقش به الأقمشة والهوادج. وقيل: هو الستر الرقيق.

فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر»(٢٣) وعن نافع قال: «كنت أسير مع عبد الله بن عمر، فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق، فلم يزل يقول: يا نافع، أتسمع؟ حتى قلت: لا، فأخرج أصبعيه من أذنيه، ثم رجع إلى الطريق ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع، رواه أبو داود والخلال(٢٤)، ولأنه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة إلى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته، ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام، فإن تلك حال حاجة لما فى الخروج من المنزل من الضرر.

فصل: فإن رأى نقوشًا وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك، لأن تلك نقوش فهى

جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال: إنى صائم فقال النبى ﷺ: «دعاكم أخوكم وتكلف لكم كل ثم صم يومًا مكانه إن شئت» وإن أحب إتمام الصيام جاز لما ذكرنا من حديث ابن عمر وفعله ولكن يدعو لهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة فى ترك الأكل فقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان بن عفان أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال إنى صائم ولكن أحببت أن أجيب الداعى فأدعو بالبركة، وعن عبد الله قال إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل إنى صائم وإن كان مفطرًا فالأولى له الأكل لأنه أبلغ فى إكرام الداعى وجبر قلبه ولا يجب عليه الأكل، وقال أصحاب الشافعى فيه وجه أنه يجب عليه الأكل لقول النبى ﷺ: «وإن كان مفطرًا فليطعم» ولأن المقصود منه الأكل فكان واجبًا كالإجابة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «إذ دعى أحدكم فليجب فإن شاء أكل وإن شاء ترك» حديث صحيح، ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الأكل لم يلزمه إذا

---

(٢٣) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٥/ ح٢٨٠١) من طريق الحسن بن صالح عن ليث بن سليم عن طاوس عن جابر. . . به. وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه من حديث طاوس عن جابر إلا من هذا الوجه، قال محمد بن إسماعيل: ليث بن أبى سليم صدوق وربما يهم فى الشىء، قال محمد بن إسماعيل: وقال أحمد بن حنبل: ليث لا يصرح بحديثه، كان ليث يرفع الأشياء لا يرفعها غيره، فلذلك ضعفوه، والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٠٩٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٦٦) وذكره الهيثمى فى «المجمع» (١/ ٢٧٧) وقال: رواه أحمد وفيه رجل لم يسم. وذكره ابن حجر فى التلخيص (٣/ ٢٢١، ٢٢٢) من عدة طرق وقال أسانيدها ضعاف وأخرج أحمد فى «مسنده» (١/ ٢٠) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه والحاكم فى «المستدرك» (٤/ ٢٨٨) وبالجملة فالحديث صحيح إن شاء الله تعالى، وذكره ابن حجر فى الفتح (٩/ ١٥٩) وقال: إسناده جيد.

(٢٤) أخرجه أبو داود فى كتاب «الأدب» (٤/ ح٤٩٢٤) وقال أبو داود: هذا حديث منكر، وأحمد فى «مسنده» (٤٥٣٥) (٤٩٦٥) من طريق سعيد بن عبد العزيز عن سليمان بن موسى، وفى «عون المعبود» قال معقبًا على أبى داود ولا يعلم وجه النكارة فإن هذا الحديث رواته كلهم ثقات وليس بمخالف لرواية أوثق الناس.اهـ. والطبرانى فى مسند الشاميين (١/ ١٨٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٢٢) وتابع سلمان بن موسى عن نافع كل من ميمون بن مهران عند أبى داود ومطعم بن المقدام عند أبى داود والطبرانى فى الصغير (١/ ١٣) والحديث صحيح إن شاء الله تعالى.اهـ.

كالعلم فى الثوب، وإن كانت فيه صور حيوان فى موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتى فى البسط والوسائد جاز أيضًا، وإن كانت على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس وإن لم يمكن ذلك انصرف ولم يجلس، وعلى هذا أكثر أهل العلم، قال ابن عبد البر: هذا أعدل المذاهب، وحكاه عن سعد بن أبى وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة بن خالد وعكرمة مولى ابن عباس وسعيد بن جبير، وهو مذهب الشافعى وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط، وكذلك مالك، إلا أنه كان يكرهها تنزهًا ولا يراها محرمة، ولعلهم يذهبون إلى عموم قول النبى ﷺ: «إن الملائكة لا تدخل بيتًا فيه صورة» متفق عليه(٢٥)، وروى عن ابن مسعود: أنه دعى إلى طعام، فلما قيل له إن فى البيت صورة أبى أن يذهب حتى كُسرت(٢٦).

ولنا: ما روت عائشة قالت: قدم النبى ﷺ من سفر وقد سترت لى سهوة بنمط فيه تصاوير، فلما رآه قال: أتسترين الخدر بستر فيه تصاوير؟ فهتكه، قالت: فجعلت منه منتبذتين، كأنى أنظر إلى رسول الله ﷺ متكئًا على إحداهما، رواه ابن عبد البر(٢٧)، ولأنها إذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معززة ولا معظمة فلا تشبه الأصنام التى تعبد وتتخذ آلهة فلا تكرم(٢٨)، وما رويناه أخص مما رووه وقد روى عن أبى طلحة أنه قيل له: ألم يقل

كان مفطرًا، وقولهم المقصود الأكل قلنا: بل المقصود الإجابة ولذلك وجبت على الصائم الذى لم يأكل.

7- مسألة: (وإن دعاه اثنان أجاب أولهما).

لأن إجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثانى ولم تجب إجابة الثانى، لأنها غير ممكنة مع إجابة الأول فإن استويا أجاب أقربهما بابًا لما روى أبو داود بإسناده عن النبى ﷺ قال: «إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما بابًا فإن أقربهما بابًا أقربهما جوارًا فإن سبق أحدهما فأجب الذى سبق» وروى البخارى وعن عائشة قالت: قلت يا رسول الله إن لى جارين فإلى أيهما أهدى قال: «إلى أقربهما منك بابًا» ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعانى، فإن استويا أجاب أقربهما رحمًا لما فيه من صلة الرحم، فإن استويا أجاب أدناهما فإن استويا إجابة أقرع بينهما، لأن القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق.

---

(٢٥) أخرجه البخارى فى كتاب بدء الخلق (٦/ ح٣٢٢٦/ فتح) ومسلم فى «اللباس والزينة» (٣/ ٨٥/ ١٦٦٥).

(٢٦) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٦٨) موقوفًا، وقال ابن حجر فى الفتح: إسناده صحيح.

(٢٧) أخرجه البخارى فى «المظالم» (٥/ ح٢٤٧٩) بنحوه، والنسائى فى «سننه» (٨/ ح٥٣٧٢) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٤٧). **السهوة:** الطاق أو شبه الحرف.

(٢٨) فى نسخة «فلا تكره».

النبى ﷺ «لا تدخل الملائكة بيتًا فيه صورة ولا كلب؟» قال: ألم تسمعه قال: «إلا رقمًا فى ثوب؟» متفق عليه(٢٩)، وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطًا والمكروه منه ما كان معلقًا بدليل حديث عائشة.

فصل: فإن قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة، قال ابن عباس: الصورة الرأس، فإذا قطع الرأس فليس بصورة(٣٠)، وحكى ذلك عن عكرمة، وقد روى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أتانى جبريل فقال: أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل، وكان فى البيت ستر فيه تماثيل، وكان فى البيت كلب، فَمُرْ برأس التمثال الذى على الباب فيقطع فيصير كهيئة الشجر ومر بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن، ومر بالكلب فليخرج، ففعل رسول الله ﷺ(٣١)، وإن قطع منه ما لا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأسًا منفصلاً عن بدنه لم يدخل تحت النهى، لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس؛ وإن كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل، فهو صورة داخلة تحت النهى، وكذلك إذا كان فى ابتداء التصويرة صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل فى النهى، لأن ذلك ليس بصورة حيوان.

فصل: وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها، لما روى ابن عمر عن النبى ﷺ أنه

8- مسألة: (وإن علم أن فى الدعوة منكرًا كالزمر والخمر وأمكنه الإنكار حضر وأنكر وإلا لم يحضر).

من يدعى إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه فأمكنه إزالة المنكر لزمه الحضور والإنكار، لأنه يؤدى فرضين: إجابة أخيه المسلم وإزالة المنكر، وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر، فإن لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله فإن لم يمكنه انصرف، ونحو هذا قال الشافعى، وقال مالك: أما اللهو الخفيف كالدف والكبر فلا يرجع، وقاله ابن القاسم وقال أصبغ: يرجع، وقال أبو حنيفة: إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل، وقال محمد بن الحسن: إن كان ممن يقتدى به فأحب إلىَّ أن يخرج، وقال الليث: إذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغى له أن يشهدها، والأصل فى هذا ما روى سفينة أن رجلاً أضافه على فصنع له طعامًا فقالت فاطمة لعلى لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا فدعوه فجاء فوضع يده على

---

(٢٩) أخرجه البخارى فى كتاب «بدء الخلق» (٦/ ح٣٢٢٦/ فتح) ومسلم فى كتاب «اللباس والزينة» (٣/ ٨٤، ٨٥/ ١٦٦٥).

(٣٠) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٧٠) موقوفًا. وقد روى مرفوعًا من طريق عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ ... فذكره. وانظر الصحيحة (١٩٢١) وعزاه إلى الإسماعيلى.

(٣١) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ح٤١٥٨) والترمذى فى «سننه» (٥/ ح٢٨٠٦) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٣٠٥) وإسناده صحيح.

قال: «الذين يصنعون هذه الصورة يعذبون يوم القيامة، يقال لهم: أحيوا ما خلقتم»(٣٢) وعن مسروق قال: دخلنا مع عبد الله بيتًا فيه تماثيل فقال لتمثال منهـا: تمثال من هذا؟ قالوا تمثال مريم، قال عبد الله: قال رسول الله ﷺ: «إن أشد الناس عذابًا يوم القيامة المصورون»(٣٣) متفق عليهما، والأمر بعمله محرم كعمله.

فصل: فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم، وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعى بإسـقاط حـرمـته لإيجـاده المنكر فى داره، ولا يجب عـلى من رآه فى منزل الداعى الخروج فى ظاهر كلام أحـمد، فإنه قال فى رواية الفضل: إذا رأى صـوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل؟ قـال: هو أسهل من أن يكون على الجدار، قـيل: فإن لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخـرج؟ فقال: لا تضيق علينا، ولكن إذا رأى هذا وبخـهم ونهاهم، يعنى لا يخرج، وهذا مذهب مالك، فإنه كان يكرهها تنزهًا ولا يراها مـحرمة، وقال أكثر أصحاب الشافعى: إذا كانت الصور على الستـور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول، لأن الملائكة لا تدخله، ولأنه لو لم يكن محرمًا لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله.

ولنا: مـا روى: أن النبى ﷺ دخل الكعـبة فـرأى فـيهـا صـورة إبراهيم وإسـمـاعـيل يستـقسـمان بالأزلام فقـال: «قاتلهم الله، لقـد علموا أنهـما مـا استقـسما بـهـا قط» رواه أبو داود(٣٤)، وما ذكرنا من خبـر عبد الله أنه دخل بيتًا فيه تمـاثيل، وفى شروط عمر ﷺ على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلـها المسلمون للمبيت بها والمارة بدوابهم،

عضادتى الباب فرأى قرامًا فى ناحية البيت فرجع فقالت فاطمة لعلى الحقه فقال: له ما رجعك يا رسول الله فقال: إنه ليس لى أن أدخل بيتًا مزوقًا، حديث حسن، وروى أبو حفص بإسناده أن النبى ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر» وعن نافع قال: كنت أسيـر مع عبد الله بن عمر فـسمع زمارة راع فوضع أصبعـيه فى أذنيه ثم عدل عن الطريق، ثم قال: هكـذا رأيت رسول الله ﷺ صنع، رواه أبو داود والخلال ولأنه يشاهد المنكر ويسمعـه من غير حاجة إلى ذلك فمنع منه كمـا لو قدر علّى إزالته، ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام فإن تلك حال حاجة لما فى الخروج من المنزل من الضرر.

---

(٣٢) أخرجـه البخارى فى «كتـاب اللباس» (١٠/ ح٥٩٥١/ فتح) ومـسلم فى «اللباس والزينة» (٣/ ٩٧/ ١٦٦٩، ١٦٧٠) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٦) والنسائى فى «سننه» (٨/ ح٥٣٧٦) بنحوه.

(٣٣) أخرجـه البخارى فى «اللباس» (١٠/ ح٥٩٥٠/ فـتح) ومسلم فى كتـاب «اللباس والزينة» (٣/ ٩٨/ ١٦٧٠) والنسائى (٨/ ح٥٣٧٨) وفيه «الذين يضاهون الله فى خلقه».

(٣٤) أخرجـه البخـارى فى «الحج» (٣/ ح١٦٠١/ فتح) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٠٢٧) وأحـمد فى «مسنده» (٣٠٩٣) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٥/ ١٥٨).

وروى ابن عائذ فى فتوح الشام: «أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعامًا فدعوه فقـال: أين هو؟ قالوا: فى الكنيـسة، فأبى أن يذهب، وقـال لعليٍّ: امض بالناس، فليتـغدوا فذهـب على رضي الله عنه بالناس، فدخل الكنيـسة وتغـدى هو والمـسلمون، وجـعل على ينظر إلى الصور وقال: ما على أمير المؤمنين لو دخل فأكل[٣٥]، وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيـها الصورة، ولأن دخول الكنائس والبـيع غير محـرم، فكذلك المنازل التى فيهـا الصور، وكون المـلائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخـوله علينا، كمـا لو كان فيـه كلب، ولا يحرم علينا صحبة رفـقة فيها جرس، مع أن الملائكة لا تصحـبهم، وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجرًا له عن فعله، والله أعلم.

فـصل: فأما ستر الحيطان بستور غير مـصورة، فإن كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به، لأنه يستعمله فى حاجته فأشبه السـتر على الباب وما يلبسه على بدنه، وإن كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر فى الرجوع عن الدعـوة وترك الإجابة بدليل ما روى سالم بن عبد الله ابن عمر قال: أعرست فى عهد أبى فـآذن أبى الناس فكان أبو أيوب فيمن آذن وقد ستروا بيتى بخباء[٣٦] أخضر فأقبل أبو أيوب مسرعًا فاطلع فرأى البيت مستترًا بخباء أخضر فقال: يا عبد الله أتسترون الجـدر؟ فقال أبى ـ واستحـيى ـ غلبتنا النساء يا أبا أيوب، فقـال: من خشيت أن

٩- مسألة: (وإن علم به فلم يره ولم يسمعه فله الجلوس والأكل، نص عليه أحمد).

وله الامـتناع من الحضـور فى ظاهر كلامـه فإنه سـئل عن الرجل يدعى إلى الخـتان أو العرس وعنده المخـنثون فيدعوه بعـد ذلك، بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك فـقال أرجو أن لا يأثم إن لم يجب وإن أجاب فأرجو أن لا يكون آثمًا، فأسـقط الوجوب لإسقاط الداعى حرمة نفسه بإيجاد المنكر ولم يمنع الإجابة لكون المجـيب لا يرى منكرًا ولا يسمعه، وقال أحمد: إنما تجب الإجابة إذا كـان المكسب طيبًا ولـم ير منكرًا، فعلى هذا لا تجب إجـابة من طعامه من مكسب خبيث لأن إيجاده منكر والأكل منه منكر فهو أولى بالامتناع وإن حضر لم يأكل.

١٠- مـسـألة: (وان شاهد ستـورًا معلقة فيها صـور الحيوان لم يجلس إلى أن تزال وإن كانت مبسوطة أو على وسائد فلا بأس).

إذا كانت صور الحيوان على السـتـور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس وإن لم يمكن انصرف ولم يجلس، وعلى هذا أكثـر أهل العلم، قال ابن عبد البر هذا أعدل المذاهب وحكاه عن سعد بن أبى وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة

---

(٣٥) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٦٨) موقوفًا وإسناده صحيح. ابن عائذ: هو محمد بن عائذ ابن أحمـد القرشى الدمشقى الكاتب المـؤرخ المحدث توفى سنة ثلاث وثلاثين ومـائتين أو فى التى بعدها. تاريخ التراث ١/ ١/ ١١٤.

(٣٦) فى نسخة: بنجاد.

يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال: لا أطعم لكن طعامًا ولا أدخل لكم بيتًا ثم خرج، رواه الأثرم(٣٧).

وروى عن عبد الله بن يزيد الخطمى: «أنه دعى إلى طعام فرأى البيت منجدًا فقعد خارجًا وبكى، قيل له: ما يبكيك؟ قال: إن رسول الله ﷺ رأى رجلاً قد رقع بردة له بقطعة أدم فقال: «تطالعت عليكم الدنيا ـ ثلاثًا ـ ثم قال: أنتم اليوم خير أم إذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويعدو أحدكم فى حلة ويروح فى أخرى، وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة» قال عبد الله: أفلا أبكى وقد بقيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة؟(٣٨).

وقد روى الخلال بإسناده عن ابن عباس وعلى بن الحسين عن النبى ﷺ: أنه نهى أن تستر الجدر(٣٩)، وروت عائشة: أن النبى ﷺ لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر(٤٠).

إذا ثبت هذا فإن ستر الحيطان مكروه غير محرم، وهذا مذهب الشافعى إذ لم يثبت فى تحريمه دليل، وقد فعله ابن عمر وفعل فى زمن الصحابة ﷺ، وإنما كره لما فيه من السرف كالزيادة فى الملبوس والمأكول، وقد قيل: هو محرم للنهى عنه، والأول أولى فإن النهى لم يثبت ولو ثبت لحمل على الكراهة لما ذكرناه.

ابن خالد وسعيد بن جبير وهو مذهب الشافعى، وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط وكذلك مالك إلا أنه كان يكرهها تنزهًا ولا يراها محرمة ولعلهم يذهبون إلى قول النبى ﷺ: «إن الملائكة لا تدخل بيتًا فيه صورة» متفق عليه، وروى عن ابن مسعود أنه دعى إلى طعام فلما قيل له إن فى البيت صورة أبى أن يذهب حتى كسرت.

ولنا: ما روت عائشة قالت: قدم النبى ﷺ من سفر وقد سترت لى سهوة بنمط فيه تصاوير فلما رآه قال «أتسترين الخدر بشىء فيه تصاوير؟» فهتكه، قالت فجعلت منه منتبذتين كأنى أنظر إلى النبى ﷺ متكئًا على إحداهما، رواه ابن عبد البر، ولأنها إذا كانت تداس وتبتذل ولم تكن معززة معظمة فلا تشبه الأصنام التى تعبد وتتخذ آلهة فلا تكره، وما رويناه أخص مما رووه، وقد روى عن أبى طلحة أنه قيل له ألم يقل النبى ﷺ «لا تدخل الملائكة بيتًا فيه كلب ولا صورة» قال: ألم تسمعه يقول «إلا رقمًا فى ثوب» متفق عليه، وهو محمول

---

(٣٧) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٧٢) وذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٤/ ٥٤، ٥٥) وقال: رواه الطبرانى فى الكبير ورجاله رجال الصحيح.

(٣٨) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٧٢) وذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (١٠/ ٣٢٣) وقال: رواه الطبرانى فى «الكبير» ورجاله رجال الصحيح غير أبى جعفر الخطمى وهو ثقة.

(٣٩) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٧٢) من طريق حكيم بن جبير عن علىٍّ بن حسين أن رسول الله ﷺ . . . وذكره، وقال: هذا منقطع.

(٤٠) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٧٢) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٤٧) بنحوه وإسناده صحيح، وانظر آداب الزفاف للألبانى (ص ١٢٧).

فصل: وسئل أحمد عن الستور فيها القرآن؟ فقال: لا ينبغى أن يكون شيئًا معلقًا فيه القرآن يستهان به ويمسح به، قيل له: فيقلع؟ فكره أن يقلع القرآن، وقال: إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس به، وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس.

فصل: قيل لأبى عبد الله الرجل يكترى البيت فيه تصاوير ترى أن يحكها؟ قال: نعم، قال المروذى: قلت لأبى عبد الله: دخلت حمامًا فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس؟ قال: نعم، إنما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه، لأن ذلك يكفى، قال أحمد: ولا بأس باللعب ما لم تكن صورة، لما روى عن عائشة قالت دخل علىَّ رسول الله ﷺ وأنا ألعب باللعب فقال: ما هذا يا عائشة؟، فقلت هذه خيل سليمان، فجعل يضحك، رواه مسلم بنحوه(٤١).

فصل: والدف ليس بمنكر، لما ذكرنا من الأحاديث فيه، وأمر النبى ﷺ به فى النكاح(٤٢)، وروت عائشة: «أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان فى أيام مِنًى تدفُّان وتضربان، والنبى ﷺ متغشٍّ بثوبه فانتهرهما أبو بكر، فكشف النبى ﷺ عن وجهه فقال: «دعهما يا أبا بكر فإنها أيام عيد» متفق عليه(٤٣).

على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطًا، والمكروه منه ما كان معلقًا بدليل حديث عائشة.

فصل: فإن قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة، قال ابن عباس الصورة الرأس فإذا قطع الرأس فليس بصورة، وحكى ذلك عن عكرمة وقد روى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أتانى جبريل فقال أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل وكان فى البيت ستر فيه تماثيل وكان فى البيت كلب، فمر برأس التماثيل التى على باب البيت فتقطع حتى تصير كهيئة الشجرة، ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان يوطآن، ومر بالكلب فليخرج» ففعل رسول الله ﷺ وإن قطع منه ما لا تبقى الحياة بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهى، لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس، وإن كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل فهو صورة داخلة تحت النهى فإن كان فى ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل فى النهى، لأنه ليس بصورة حيوان.

---

(٤١) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ح٤٩٣٢) والنسائى فى كتاب «عشرة النساء» (٦٤/ ٩٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٩٠/ ٢١٩) وإسناده صحيح.

(٤٢) تقدم برقم (١٦٢) فى المسألة رقم (١١٣٥).

(٤٣) أخرجه البخارى فى كتاب «العيدين» (٢/ ح٩٨٧/ فتح) ومسلم فى كتاب «صلاة العيدين» (٢/ ١٧/ ٦٠٨) والنسائى فى «سننه» (٣/ ح١٥٩٦) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٨٤).

فــصل: واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فإذا رآه المدعو فى منزل الداعى فهو منكر يخرج من أجله، وكذلك ما كان من الفضة مستعملاً كالمكحلة ونحوها، قال الأثرم: سئل أحمد إذا رأى حلقة مرآة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك؟ فقال: هذا تأويل تأولته، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك وقال ما لا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة فى السكين والقدح وذلك لأن رؤية المنكر كسماعه فكما لا يجلس فى موضع يسمع فيه صوت الزمر لا يجلس فى موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر.

فصل: وإن علم أن عند أهل الوليمة منكرًا لا يراه ولا يسمعه لكونه بمعزل عن موضع الطعام أو يخفونه وقت حضوره فله أن يحضر ويأكل، نص عليه أحمد، وله الامتناع من الحضور فى ظاهر كلامه، فإنه سئل عن الرجل يدعى إلى الختان أو العرس وعنده المخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك؟ قال أرجو أن لا يأثم إن لم يجب وإن أجاب فأرجو أن لا يكون آثمًا، فأسقط الوجوب لإسقاط الداعى حرمة نفسه باتخاذ المنكر، ولم يمنع الإجابة لكون المجيب لا يرى منكرًا ولا يسمعه، وقال أحمد: إنما تجب الإجابة إذا كان المكسب طيبًا ولم ير منكرًا، فعلى قوله هذا: لا تجب إجابة من طعامه من مكسب خبيث، لأن اتخاذه منكر والأكل منه منكر، فهو أولى بالامتناع وإن حضر لم يسغ له الأكل منه.

١٢٢٠ – مسألة: قال: **(ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ولا على من دعى إليها أن يجيب، وإنما وردت السنة فى إجابة من دعى إلى وليمة تزويج).**

فصل: وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها، لما روى ابن عمر عن النبى ﷺ أنه قال: «الذين يصنعون هذه الصور يعذبون يوم القيامة يقال لهم أحيوا ما خلقتم» وعن مسروق قال: دخلنا مع عبد الله بيتًا فيه تماثيل فقال لتمثال منها: تمثال من هذا؟ قالوا تمثال من صنم، قال عبد الله: قال رسول الله ﷺ: «إن أشد الناس عذابًا يوم القيامة المصورون» متفق عليهما، والأمر بعمله محرم كعمله.

فصل: فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم، وإنما أبيح ترك إجابة الدعوة لأجله عقوبة للداعى بإسقاط حرمته لاتخاذه المنكر فى داره ولا يجب على من رآه فى منزل الداعى الخروج فى ظاهر كلام أحمد فإنه فى رواية الفضل إذا رأى صورًا على الستر لم يكن رآها حين دخل قال هو أسهل من أن يكون على الجدار قيل له فإن لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج؟ فقال: لا تضيِّق علينا، ولكن إذا رأى هذا وبخهم ونهاهم، يعنى لا يخرج، وهذا مذهب مالك فإنه كان يكرهها تنزهًا ولا يراها محرمة، وقال أكثر أصحاب الشافعى: إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول، لأن الملائكة لا تدخله ولأنه لو لم يكن محرمًا لما جاز ترك الدعوة الواجبة لأجله.

يعنى بالمتقدمين أصحاب رسول الله ﷺ الذين يقتدى بهم، وذلك لما روى: «أن عثمان بن أبى العاص دعى إلى ختان فأبى أن يجيب فقيل له؟ فقال إنا كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى إليه» رواه الإمام أحمد بإسناده(٤٤)، إذا ثبت هذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة أنها مستحبة لما فيها من إطعام الطعام، والإجابة إليها مستحبة غير واجبة، وهذا قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه، وقال العنبرى تجب إجابة كل دعوة لعموم الأمر به، فإن ابن عمر روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجبه عرسًا كان أو غير عرس» أخرجه أبو داود(٤٥).

ولنا: أن الصحيح من السنة إنما ورد فى إجابة الداعى إلى الوليمة، وهى الطعام فى العرس خاصة، كذلك قال الخليل وثعلب وغيرهما من أهل اللغة، وقد صرح بذلك فى بعض

ولنا: ما روى أن النبى ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل يستقسمان بالأزلام فقال: «قاتلهم الله لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط» رواه أبو داود، وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتًا فيه تماثيل، وفى شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها والمارة بداوبهم، وروى ابن عائذ فى فتوح الشام أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعامًا فدعوه فقال أين هو؟ قالوا فى الكنيسة فأبى أن يذهب وقال لعلى: امض بالناس فليتغدوا فذهب على بالناس فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل على ينظر إلى الصور وقال ما على أمير المؤمنين لو دخل وأكل، وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصور، لأن دخول الكنائس والبيع غير محرم فكذلك المنازل التى فيها الصور، وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله كما لو كان فيه كلب ولا يحرم صحبة رفقة فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجرًا له عن فعله.

١١- مسألة: (فإن سترت الحيطان بستور لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح؟ على روايتين).

أما إذا استعمل ذلك لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به، لأنه يستعمله لحاجة فأشبه الستر على الباب، وإن كان لغير حاجة ففيه روايتان:

---

(٤٤) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٤/ ٢١٧) من طريق سلمة الحرانى عن ابن إسحاق يعنى محمدًا عن عبيد الله أو عبد الله بن طلحة بن كريز عن الحسن، قال وعن عثمان. . . الحديث، وإسناده ضعيف، محمد ابن إسحاق مدلس وقد عنعنه ومع شكه هل عبيد الله أو عبد الله بن طلحة وعبيد الله بن طلحة بن كريز مقبول كما قاله الحافظ فى التقريب.

(٤٥) أخرجه مسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ١٠٠/ ح١٠٥٣) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٧٣٨) بلفظ: عرسًا أو نحوه.

روايات ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا دعى أحدكم إلى وليمة عرس، فليجب»[٤٦] رواه ابن ماجه، وقال عثمان بن أبى العاص: «كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى إليه، ولأن التزويج يستحب إعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره، فأما الأمر بالإجابة إلى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها، وإجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ولأن فيه جبر قلب الداعى وتطييب قلبه، وقد دعى أحمد إلى ختان فأجاب وأكل، فأما الدعوة فى حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها، ولكن هى بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث، فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه وإطعام إخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك إن شاء الله تعالى.

١٢٢١- **مسألة:** قال: (والنثار مكروه لأنه شبه النهبة، وقد يأخذه من غيره أحب إلى صاحب النثار منه).

اختلفت الرواية عن أحمد فى النثار والتقاطه، فروى أن ذلك مكروه فى العرس وغيره،

إحداهما: هو مكروه غير محرم وهو عذر فى ترك الإجابة إلى الدعوة بدليل ما روى سالم ابن عبد الله بن عمر قال أعرست فى عهد أبى فآذن أبى الناس فكان فيمن آذن أبو أيوب وقد ستروا بيتى بخباء أخضر، فأقبل أبو أيوب فاطلع فرأى البيت مستوراً بخباء أخضر فقال: يا عبد الله أتسترون الجدر؟ فقال أبى واستحيا غلبتنا النساء يا أبا أيوب فقال: من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك، ثم قال: لا أطعم لكم طعامًا ولا أدخل لكم بيتًا ثم خرج، رواه الأثرم، قال القاضى: وكلام أحمد يحتمل أمرين: أحدهما: الكراهة من غير تحريم، لأن ابن عمر أقر على فعله ولأن كراهته لما فيه من الستر، وذلك لا يبلغ به التحريم كالزيادة فى الملبوس والمأكول والطيب، ويحتمل التحريم، وهى الرواية الثانية: لما روى الخلال بإسناده عن على بن الحسين قال: نهى رسول الله ﷺ أن تستر الجدر وروت عائشة أن النبى ﷺ قال: «إن الله لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر» واختار شيخنا أن ستر الحيطان مكروه غير محرم وهو مذهب الشافعى إذ لم يثبت فى تحريمه حديث وقد فعله ابن عمر وفعل فى زمن الصحابة ﷺ ولو ثبت الحديث حمل على الكراهة لما ذكرنا، والله أعلم.

فصل: سئل أحمد عن الستور فيها القرآن فقال: لا ينبغى أن يكون شيئًا معلقًا فيه القرآن ليستهان به ويمسح قيل له فيقلع؟ فكره أن يقلع القرآن، وقال إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس، وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه.

فصل: قيل لأبى عبد الله الرجل يكترى بيتا فيه تصاوير ترى أن يحكها؟ قال نعم: قال المروذى قلت لأبى عبد الله: دخلت حمامًا فرأيت صورة ترى أن أحك الرأس؟ قال نعم، إنما

---

(٤٦) أخرجه مسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ١٠١/ ١٠٥٣) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩١٤).

وروى ذلك عن أبى مسعود البدرى وعكرمة وابن سيرين وعطاء وعبد الله بن زيد الخطمى(٤٧) وطلحـة وزبيـد اليـامى(٤٨) وبه قال مـالك والشافـعى، وروى عن أحمد رواية ثـانية: ليس بمكروه، اختـارها أبو بكر، وهو قول الحـسن وقتـادة والنخعى وأبى حنيفـة وأبى عبـيد وابن المنذر لما روى عـبد الله بن قرط قال: «قرب إلى رسـول الله ﷺ خمس بدنات أو ست، فطفقن يزدلفن إليه بأيتهـن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعـها، فسألت من قرب منه فقال: قال: «من شاء اقتطع»(٤٩) رواه أبو داود، وهذا جار مجرى النثار، وقد روى: أن النبى ﷺ دعى إلى وليـمة رجل من الأنصار ثـم أتوا بنهب فأُنهب عليـه، قال الراوى: ونظرت إلى رسول الله ﷺ يزاحم الناس، أو نحو ذلك، قلت: يا رسول الله أوما نهيتنا عن النهبة؟ قال: «نهيتكم عن نهبة العساكر»(٥٠) ولأنه نوع إباحة فأشبه إباحة الطعام للضيفان.

جاز ذلك لأن اتخاذ الصـورة منكر فجاز تغيـيرها كآلة اللهو والصليب والصنم ويتـلف منها ما يخرجها عـن حد الصورة كالرأس ونحوه لأن ذلك يكفى، قال أحـمد ولا بأس باللعب ما لم تكن صورة لما روى عن عـائشة قالت: دخل علىَّ رسول الله ﷺ وأنا ألعب بـاللعب فقال «ما هذا يا عائشة؟» فقلت: هذه خيل سليمان، فجعل يضحك.

فـصل: واتخاذ آنية الذهب والفـضة محرم، فإذا رآه المدعو فى منزل الداعى فهو منكر يخرج من أجله وكذلك ما كان من الفضة مستـعملا كالمكحلة ونحوه، قال الأثرم سئل أحمد إذا رأى حلقة مرآة فـضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك؟ فقال: هذا تأويل تأولتـه، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك، وقال: ما لا يستـعمل فهو أسهل مثل الضبة فى السكين والقدح وذلك لأن رؤية المنكر كسـماعه فكمـا لا يجلس فى موضع يسـمع فيه صـوت الزمر لا يجلس فى موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر.

12- مسألة: (ولا يباح الأكل بغير إذن).

لأن أكل مال الغير بغير إذنه محـرم والدعاء إلى الوليمة إذن فى الدخول والأكل بدليل ما روى أبو هريرة عن النبى ﷺ قال «إذا دعى أحدكم فأتى مع الرسول فذلك إذن له» رواه أبو داود، وقال عبد الله بن مسعود إذا دعيت فقد أذن لك، رواه الإمام أحمد بإسناده.

---

(٤٧) هو عبد الله بن يزيد بن حـصين، الأمير العالم الأكمل أبو مـوسى الأنصارى الأوسى الخطمى المدنى ثم الكوفى، أحد من بايع بيعة الرضـوان، وكان عمره يومئذ سبع عشرة سنة، مـات قبل السبعين وله نحو من ثمانين سنة رضي الله عنه (تهذيب السير ١/ ٩٥).

(٤٨) هو زُبَيْدُ بن الحـارث اليامى الكوفى الحافظ أحـد الأعلام وعدُّوه فى صـغار التابعـين مات سنة اثنين وعشرين ومائة، سير أعلام النبلاء (٥/ ٢٩٦).

(٤٩) تقدم برقم (٩٥ فى المسألة رقم (٦٤٨).

(٥٠) أخرجه أبو نعيم فى الحلية (٦/ ٣٤١) وقال: غريب من حديث مالك وحميد لم نكتبه إلا من حديث صالح بن زياد.

ولنا: ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تحل النهبى والمثلة» رواه البخارى [٥١]، وفى لفظ: «أن النبى ﷺ نهى عن النهبى والمثلة» ولأن فيه نهبًا وتزاحمًا وقتالاً وربما أخذه من يكره صاحب النثار لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه، والغالب هذا، فإن أهل المروءات يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شىء من الطعام أو غيره، ولأن فى هذا دناءة، والله يحب معالى الأمور ويكره سفسافها، فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبى ﷺ علم أنه لا نهبة فى ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين، أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها.

وفى الجملة: فالخلاف إنما هو فى كراهية ذلك، وأما إباحته فلا خلاف فيها ولا فى الالتقاط لأنه نوع إباحة لما له، فأشبه سائر الإباحات.

13- مسألة: (والنثار والتقاطه مكروه وعنه لا يكره).

اختلفت الرواية عن أحمد فى النثار والتقاطه فروى أن ذلك مكروه فى العرس وغيره، روى ذلك عن أبى مسعود البدرى وعكرمة وابن سيرين وعطاء وعبد الله بن زيد الخطمى وطلحة وزبيد اليامى وبه قال مالك والشافعى.

وروى عن أحمد أنه ليس بمكروه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعى وأبى حنيفة وأبى عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال: قرب إلى النبى ﷺ خمس بدنات أو ست فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعها فسألت من قرب منه فقال: قال: «من شاء اقتطع» رواه أبو داود، وهذا جارٍ مجرى النثار، وقد روى أن النبى ﷺ دعى إلى وليمة رجل من الأنصار ثم أتوا بنهب فأنهبٌ عليه قال الراوى: ونظرت إلى رسول الله ﷺ يزاحم الناس أو نحو ذلك فقلت: يا رسول الله أوما نهيتنا عن النهبة؟ قال: ««نهيتكم عن نهبة العساكر» ولأنه نوع إباحة فأشبه إباحة الطعام للضيفان.

ولنا: ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تحل النهبى والمسألة» ولأن فيه نهبًا وتزاحمًا وقتالاً وربما أخذه من يكره صاحب النثار أخذه لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه، والغالب عليه هذا فإن أهل المروءات يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شىء من الطعام أو غيره، ولأن فى هذا دناءة، والله يحب معالى الأمور ويكره سفسافها، فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبى ﷺ علم أنه لا نهبة فى ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها.

وفى الجملة فالخلاف إنما هو فى كراهية ذلك وأما الإباحة فلا خلاف فيها ولا فى الالتقاط، لأنه نوع إباحة لماله فأشبه سائر المباحات.

---

(٥١) أخرجه البخارى «فى كتاب المظالم» (٥/ ح٢٤٧٤/ فتح) والذبائح (٩/ ح٥٥١٦) وأبو داود «فى سننه» (٣/ ح٢٧٠٣) بلفظ «ينهى عن النهبى».

١٢٢٢- **مسألة:** قال: **(فإن قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه).**

كذا روى عن أبى عبد الله رحمه الله: أن بعض أولاده حذق فـقسم على الصبيان الجوز، وأما إذا قسم على الحاضـرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خـلاف أن ذلك حسن غير مكروه، وقد روى عن أبى هريرة قـال: قسم النبى ﷺ يومًا بين أصحابـه تمرًا، فأعطى كل إنسان سبع تمرات فـأعطانى سبع تمرات إحداهن حشفة لم تكن تمـرة أعجب إلى منها شدت إلى مضاغى، رواه البخارى[٥٢]، وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم فى أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضًا.

قال المـروذى: سألت أبا عبد الله عن الجـوز ينثر فكرهه، وقال: يعطون يقـسم عليهم، وقال محمد بن على بن بحر سمعت حُسْنَ[٥٣] أم ولد أحمد بن حنبل تقول: لما حذق ابنى حسن قال لى مولاى: حُـسْنُ، لا تنثروا عليه، فاشترى تمرًا وجـوزًا فأرسله إلى المعلم قالت وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقـال: أحسنت أحسنت، وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز لكل واحد خمسة خمسة.

فـصل: ومن حصل فى حجره شىء من النثـار فهو له غير مكروه، لأنه مباح حصل فى حجره فـملكه كما لو وثبت سمكة من البـحر فوقعت فى حجـره، وليس لأحد أن يأخذه من حجره لما ذكرناه.

فـصل: فأما إن قسم على الحاضرين ما ينثـر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف فى أن ذلك حـسن غيـر مكروه، وقد روى عن أبى هريرة قال: قسـم رسول الله ﷺ بين أصحابه تمرًا فأعطى كل إنسان سـبع تمرات فأعطانى سبع تمرات إحداهن حشـفة فلم يكن منهن تمرة أعجب إلىَّ منها شـدت فى مضاغى، رواه البخارى، وكـذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم فى أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضًا، قال المروذى: سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر فكره وقـال: يعطون يقسم عليهم، وقـال على بن محمـد بن بحر سمـعت حُسْنَ أم ولد أحمد ابن حنبل تقول: لمَّا حذق ابنى حسن قال لى مـولاى حُسْنُ لا تنثروا عليه فاشترى تمرًا وجوزًا فـأرسله إلى المعلم، قـالت: وعملت أنا عـصيدة وأطـعمت الفقـراء فقـال: أحسنت أحسنت، وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز خمسة خمسة.

14- **مسألة: (ومن حصل فى حجره شىء فهو له غير مكروه).**

لأنه مباح حصل فى حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت فى حجره وليس لأحد أن يأخذه لما ذكرناه، وقال فى المحرر: يملكه مع القصد وبدون القصد وجهان.

---

(٥٢) أخرجه البخارى فى كتاب «الأطعمة» (٩/ ٥٤١١، ٥٤٤١/ فتح) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٣٢٤).

(٥٣) حُسْن: جارية اشتراها الإمام أحمد بعد موت زوجته أم ابنه عبد الله فولدت منه بعض أبنائه وروت عنه أشياء (طبقات الحنابلة ١/ ٤٢٩، ٤٣٠).

فصل: ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعًا، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس، وقد كان السلف يتعاهدون(٥٤) فى الغزو والحج، ويفارق النثار فإنه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا.

15- مسألة: (ويستحب إعلان النكاح والضرب عليه بالدف).

وقال أحمد: يستحب أن يظهر النكاح ويضرب عليه بالدف حتى يشتهر ويعرف قيل له ما الدف؟ قال: هذا الدف، وقال: لا بأس بالغزل فى العرس كقول النبى ﷺ للأنصار:

أتيناكم أتيناكم ... فحيونا نحييكم
ولولا الذهب الأحمر ... ما حلت بواديكم
ولولا الحبة السوداء ... ما سمنت عذاريكم[2]

لا على ما يصنع الناس اليوم، ومن غير هذا الوجه «ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم» وقال أحمد: أيضًا يستحب ضرب الدف والصوت فى الأملاك فقيل له ما الصوت؟ قال: يتكلم ويتحدث ويظهر، والأصل فى هذا ما روى محمد بن حاطب قال: قال رسول الله ﷺ: «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف فى النكاح»[3] رواه النسائى، وقال ﷺ: «أعلنوا النكاح»[4] وفى لفظ «أظهروا النكاح» وكان يحب أن يضرب عليها بالدف، وفى لفظ «فاضربوا عليه بالغربال»[5] وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلاً من الأنصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها، قال: فلما رجعنا قال لنا رسول الله ﷺ: «ما قلتم يا عائشة؟» قالت: سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا، فقال: «إن الأنصار قوم فيهم غزل ألا قلتم يا عائشة أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم» روى هذا كله عن عبد الله بن ماجه فى سننه،

---

(٥٤) فى نسخة: «يتناهدون» وتناهد الرفقة فى السفر: أى أخرجوا ما لديهم من الطعام.

(2) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح ١٩٠٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٨٩) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٩١) وكذلك الطبرانى فى الأوسط كما قال الهيثمى فى «المجمع» (٤/ ٢٨٩) وقال: فيه رواد بين الجراح وثقه أحمد وابن معين وابن حبان وفيه ضعف، وأصله عند البخارى فى الصحيح (٩/ ح٥١٦٢/ فتح) من حديث عائشة بلفظ: «يا عائشة ما كان معكم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو» وذكره ابن حجر فى الفتح (٩/ ١٣٤) وإسناده حسن.

(3) أخرجه النسائى فى «سننه» (٢/ ٩١) والترمذى (٣/ ١٠٨٨) وابن ماجه (١/ ١٨٩٦) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٨٤) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ٢٨٩) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤١٨) (٤/ ١٥٩) وإسناده حسن.

(4) تقدم برقم (١٦٢ فى المسألة رقم ١١٣٥).

(5) أخرجه ابن ماجه (١/ ١٨٩٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٩٠) وإسناده ضعيف من طريق خالد بن إلياس عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن القاسم عن عائشة به، وخالد بن إلياس: ضعيف وقال الحافظ فى التقريب: متروك... الحديث.

فصل: فى آداب الطعام

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء، قال المروذى: رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع» رواه ابن ماجه(١).

وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن بن على أن النبى ﷺ قال: «الوضوء قبل الطعام ينفى الفقر وبعده ينفى اللمم»(٢) يعنى به غسل اليدين، وقال النبى ﷺ: «من نام وفى يده ريح غمر وأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه»(٣) رواه أبو داود، ولا بأس بترك الوضوء لما روى

وقال أحمد: لا بأس بالدف فى العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التى نهى عنها النبى ﷺ وإنما يستحب الضرب بالدف للنساء، ذكره شيخنا رحمه الله.

فصل: ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعًا، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس، وقد كان السلف يتناهدون فى الغزو والحج، ويفارق النثار فإنه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا.

فصل فى آداب الأكل

يستحب غسل اليد قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء، قال المروذى: رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع» رواه ابن ماجه، وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن عن النبى ﷺ أنه قال: «الوضوء قبل الطعام ينفى الفقر وبعده ينفى

---

(١) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٢٦٠) قال: حدثنا جبارة بن المفلس ثنا كثير بن سليم سمعت أنس بن مالك يقول: قال رسول الله ﷺ . . . وأعله البوصيرى فى الزوائد فقال: جبارة وكثير ضعيفان، وذكره الزبيدى فى «الإتحاف» (٥/ ٢١٣) وقال: رواه ابن ماجه من طريق جبارة بن المفلس عن كثير بن سليم، وهما ضعيفان.

قلت: ولعله تصحيف فالصواب جبارة كما فى السنن لابن ماجه وأخرجه أيضًا أبو الشيخ فى «كتاب أخلاق النبى ﷺ وآدابه» (ص ٢٣٥) من طريق كثير بن سليم وهو ضعيف كما تقدم بل قال النسائى «متروك» وابن عدى فى «الكامل» (٦/ ٦٣) وقال البخارى: كثير منكر الحديث.

(٢) ذكره الغزالى فى «الإحياء» (٢/ ٤) بتحقيقنا، وقال العراقى: أخرجه القضاعى فى «مسند الشهاب» بين رواية موسى الرضا عن آبائه متصلاً وضعفه وذكره العجلانى فى «كشف الخطأ» والألباس (٢/ ٤٤٨)، وقال: قال الصنعانى: موضوع وذكره الهيثمى فى «المجمع» (٥/ ٢٣، ٢٤) من حديث ابن عباس بلفظ: الوضوء قبل الطعام وبعده ينفى الفقر وهو من سنة المرسلين، وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه نهشل بن سعيد وهو متروك.

(٣) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٤٨) فى المجلد الأول، **غمر:** وسم ووسخ وزهومة من اللحم.

أبو هريرة: «أن النبى ﷺ خرج من الغائط، فأتى بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك بوضوء؟ قال: لا أريد الصلاة»[٤] رواه ابن ماجه، وعن جابر قال: أقبل رسول الله ﷺ من شعب الجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو جحفة، فدعوناه فأكل معنا وما مس ماء، رواه أبو دواد[٥]، وروى عنه: أنه كان يحتز من كتف شاة فى يده فدعى إلى الصلاة فألقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ، رواه البخارى[٦]، ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين لهذا الحديث، وقال مهنا: سألت أحمد عن حديث يروى عن النبى ﷺ: «لا تقطعوا اللحم بالسكين فإنه من صنع الأعاجم، وانهشوه نهشًا، فإنه أهنأ وأمرأ»[٧] قال: ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذى ذكرناه.

فصل: وتستحب التسمية عند الأكل وأن يأكل بيمينه مما يليه، لما روى عمر بن أبى

اللمم» يعنى به غسل اليدين، وقال النبى ﷺ: «من نام وفى يده ريح غمر فأصابه شىء فلا يلومن إلا نفسه» رواه أبو داود ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ خرج من الغائط فأتى بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك بوضوء قال: «ما أريد الصلاة» رواه ابن ماجه وعن جابر قال: أقبل رسول الله ﷺ من شعب بالجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو حجفة فدعوناه فأكل معنا وما مس ماء، رواه أبو داود، وروى عنه أنه كان يحتز من كتف شاة فى يده فدعى إلى الصلاة فألقاها فى يده ثم قال فصلى ولم يتوضأ رواه البخارى، ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين، قال أحمد: حديث لا تقطعوا اللحم بالسكين فإنه من صنيع الأعاجم وانهشوه نهشًا فإنه أهنأ وأمرأ قال: ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذى ذكرناه.

فصل: وتستحب التسمية عند الأكل وأن يأكل بيمينه مما يليه، لما روى عمر بن أبى

---

(٤) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٢٦١) وإسناد صحيح.

(٥) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ٣٧٦٢) وأحمد فى «مسنده (٣/ ٣٩٧) من طريق سعيد بن الحكم ثنا الليث بن سعد أخبرنى خالد بن زيد، عن أبى الزبير عن جابر بن عبد الله... وإسناده ضعيف وعلته أبو الزبير وهو محمد بن مسلم بن موسى صدوق إلا أنه مدلس كما قال الحافظ فى التقريب.

الجحفة: الترس ـ وهو شك فى الراوى.

(٦) أخرجه البخارى فى «كتاب الوضوء» (١/ ح٢٠٧/ فتح) وفى «كتاب الآذان» (٢/ ح٦٧٥/ فتح) وفى «كتاب الجهاد» (٦/ ح٢٩٢٣/ فتح) وفى «كتاب النكاح» (٩/ ح٥٤٠٨) ومسلم فى «كتاب الطهارة» (١/ ٩١، ٩٢/ ٢٧٣) والترمذى فى «سننه» (٤/ ١٨٣٦) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣٦٥) (٤/ ١٧٩) (٥/ ٥٨٨).

(٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٧٧٨) وقال أبو داود: وليس بالقوى، والنسائى فى «الصيام» (٤/ ١٧٢) وفى إسناده أبو مبشر المدنى وهو ضعيف كما قال النسائى، والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٨٠) من طريق أبى مبشر أيضًا.

سلمة قال: كنت يتيمًا فى حجر رسول الله ﷺ فكانت يدى تطيش فى الصفحة فقال لى النبى ﷺ: «يا غلام سم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك» متفق عليه(٨)، وعن ابن عمر عن النبى ﷺ قال: «إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه، فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله» رواه مسلم(٩)، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله، فإن نسى أن يذكر اسم الله فى أوله فليقل باسم الله أوله وآخره»(١٠) وكان رسول الله ﷺ جليسًا ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه إلا لقمة فلما رفعها إلى فيه قال باسم الله أوله وآخره، فضحك النبى ﷺ وقال: «ما زال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء ما فى بطنه»(١١) رواهن أبو داود، وعن عكراش بن ذؤيب قال: أتى النبى ﷺ بجفنة كثيرة الثريد والودك، فأقبلنا نأكل فخبطت يدى فى نواحيها فقال: «يا عكراش كل من موضع واحد،

سلمة قال: كنت يتيمًا فى حجر رسول الله ﷺ فكانت يدى تطيش فى الصحفة فقال النبى ﷺ: «يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك» متفق عليه، وعن ابن عمر عن النبى ﷺ قال: «إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله» رواه مسلم، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أكل أحدكم فليذكر الله فإن نسى أن يذكر اسم الله فى أوله فليقل باسم الله أوله وآخره» وكان رسول الله ﷺ جالسًا ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه إلا لقمة فلما رفعها إلى فيه قال: باسم الله فضحك النبى ﷺ ثم قال: «ما زال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء ما فى بطنه» رواهن أبو داود، وعن عكراش بن ذؤيب قال أتى النبى ﷺ بجفنة كثيرة الثريد والودك فأقبلنا نأكل فخبطت يدى فى نواحيها فقال: «يا عكراش كل من موضع واحد فإنه طعام واحد» وأُتينا بطبق فيه ألوان من الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ فى الطبق وقال: «يا عكراش كل من حيث شئت فإنه غير لون واحد» رواه ابن ماجه، ولا يأكل من ذروة الثريد لما روى ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا أكل أحدكم طعامًا فلا يأكل من أعلى الصحفة ولكن ليأكل من أسفلها فإن البركة تنزل من أعلاها» وفى حديث آخر «كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها تبارك» رواهما ابن ماجه.

---

(٨) أخرجه البخارى فى «الأطعمة» (٩/ ح٥٣٨٦) ومسلم فى «الأشربة» (٣/ ١٠٨. ١٥٩٩) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٧٧٧) وابن ماجه (٢/ ح٣٢٦٧) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٠١٩) بلفظ «سم الله وكل مما يليك» وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٦، ٢٧).

(٩) أخرجه مسلم (٣/ ١٠٥/ ١٥٩٨) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٧٧٦) كتاب «الأطعمة» والترمذى فى «سننه» (٤/ ح١٨٠٠) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٠٣٠) ومالك فى الموطأ (٢/ ٦/ ٩٢٢، ٩٢٣).

(١٠) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٧٦٧) وابن ماجه (٢/ ح٣٢٦٤) وإسناده صحيح.

(١١) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٧٦٨) وقال أبو داود: جابر بن صبيح جد سليمان بن حرب من قبل أمه.

فإنه طعام واحد» ثم أتينا بطبق فيه ألوان الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ في الطبق وقال: «يا عكراش كل من حيث شئت فإنه غير لون واحد» رواه ابن ماجه(١٢)، ولا يأكل من ذروة الثريد، لما روى ابن عباس عن النبي أنه قال: «إذا أكل أحدكم طعامًا فلا يأكل من أعلى الصحفة ولكن ليأكل من أسفلها، فإن البركة تنزل من أعلاها»(١٣) وفي الحديث: «كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها»(١٤) رواهما ابن ماجه.

فصل: ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها، قال مثنى: سألت أبا عبد الله عن الأكل بالأصابع كلها؟ فذهب إلى ثلاثة أصابع، فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي ﷺ: أنه كان يأكل بكفه كلها(١٥)، فلم يصححه ولم ير إلا ثلاثة أصابع، وقد روى كعب بن مالك قال: كان رسول الله يأكل بثلاثة أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها، رواه الخلال بإسناده(١٦)، ويكره الأكل متكئًا لما روى أبو جحيفة أن رسول الله ﷺ قال: «لا آكل متكئًا» رواه البخاري(١٧)، ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا، ولما روى

فصل: ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها، قال مهنًا: سألت أبا عبد الله عن الأكل بيده كلها فذهب إلى ثلاث أصابع، فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي ﷺ أنه كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث أصابع، وقد روى كعب بن مالك قال: كان النبي ﷺ يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها، رواه الخلال بإسناده، ويكره الأكل متكئًا لما روى أبو جحيفة أن رسول الله ﷺ قال: «لا آكل متكئًا» رواه البخاري، ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا روى ابن عباس عن النبي ﷺ «إذا أكل أحدكم طعامًا فلا يمسح يده حتى يلعقها» رواه أبو داود، وعن نبيشة قال: قال رسول

---

(١٢) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢/ ح٣٢٧٤) والدارمي في «سننه» (٤/ ح١٨٤٨) وإسناده ضعيف.
وقال أبو عيسى: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث العلاء بن الفضل، وقد تفرد العلاء بهذا الحديث، ولا نعرف لعكراش عن النبي ﷺ إلا هذا الحديث.
والودك: دسم اللحم والشحم وهو ما يتحلب من ذلك.

(١٣) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣/ ح٣٧٧٢) وابن ماجه (٢/ ح٣٢٧٧) وإسناده صحيح.

(١٤) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣/ ح٣٧٧٣) وابن ماجه في «سننه» (٢/ ح٣٢٦٣).

(١٥) أورده ابن الجوزي في الموضوعات (٣/ ٣٥، ٣٦) من طريق إبراهيم بن سعيد عن ابن أخي الزهري عن امرأته عن أبيها قالت: . . . الحديث، وقال: هذا حديث موضوع على رسول الله ﷺ والمرأة مجهولة وأبوها لا يعرف.

(١٦) أخرجه مسلم في «الأشربة» (٣/ ١٢٩ - ١٣٢/ ١٦٠٥) وأبو داود في «سننه» (٣/ ح٣٨٤٨) والدارمي في «سننه» (٢/ ح٢٠٣٣) وأحمد في «مسنده» (٦/ ٣٨٦) والترمذي في «الشمائل» (١٢١/ مختصر).

(١٧) أخرجه البخاري في كتاب «الأطعمة» (٩/ ح٥٣٩٨/ فتح) وأبو داود في «سننه» (٣/ ح٣٧٦٩) والترمذي (٤/ ح١٨٣٠) وابن ماجه في «سننه» (٢/ ح٣٢٦٢).

عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «إذا أكل أحدكم طعامًا فلا يمسح يده حتى يلعقها أو يُلعقها»[(١٨)] رواه أبو داود، وعن نبيشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة» رواه الترمذي[(١٩)]، وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها»[(٢٠)] رواه ابن ماجه.

فصل: ويحمد الله إذا فرغ، لقول رسول الله ﷺ: «إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها»[(٢١)] رواه مسلم، وعن أبي سعيد قال: كان النبي ﷺ إذا أكل طعامًا قال: «الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين»[(٢٢)] رواه أبو داود، وعن أبي أمامة عن النبي ﷺ أنه كان يقول إذا رفع طعامه: «الحمد الله كثيرًا مباركًا فيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغني عنه ربنا»[(٢٣)] وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله ﷺ

الله ﷺ: «من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة» رواه الترمذي، وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ «إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها» رواهن ابن ماجه.

فصل: ويحمد الله إذا فرغ، لقول رسول الله ﷺ: «إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها» رواه مسلم، وعن أبي سعيد قال: كان النبي ﷺ إذا أكل طعامًا قال: الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين» رواه أبو داود، وعن أبي

---

(١٨) أخرجه مسلم في «الأشربة» (٣/ ١٣٠/ ١٦٠٥) وأبو داود في«سننه» (٣/ ح٣٨٤٧) والدارمي في «سننه» (٢/ ح٢٠٢٦).

(١٩) أخرجه الترمذي في «سننه» (٤/ ح١٨٠٤) وإسناده ضعيف قال أبو عيسى: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث المعلى بن راشد، وقد روى يزيد بن هارون وغيرِ واحد من الأئمة عن المعلى ابن راشد هذا الحديث. وابن ماجه في «سننه» (٢/ ح٣٢٧١) وأحمد في «مسنده» (٥/ ٧٦) وإسناده ضعيف، وانظر ضعيف الجامع (٥٤٨٧).

(٢٠) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢/ ح٣٢٧٩) والترمذي في «سننه» (٤/ ح١٨٠٣) وإسناده صحيح وهو عند مسلم من حديث جابر (٣/ ١٣٥/ ١٦٠٧) بلفظ: فإذا سقطت من أحدكم اللقمة فليمط ما كان بها من أذى ثم ليأكلها ولا يدعها للشيطان... الحديث.

(٢١) أخرجه مسلم في كتاب «الذكر والدعاء» (٤/ ٨٩/ ٢٠٩٥) والترمذي في «سننه» (٣/ ح١٨١٦) وأحمد في «مسنده» (٢/ ١٠٠، ١١٧).

(٢٢) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣/ ح٣٨٥٠) والترمذي في «سننه» (٥/ ح٣٤٥٧) وابن ماجه في «سننه» (٢/ ح٣٢٨٣) والترمذي في (الشمائل) (١٦٣/ مختصر) وابن السني (٤٦٦) وأحمد في «مسنده» (٣/ ٣٢، ٩٢) وإسناده ضعيف من طريق إسماعيل بن رباح وأبيه أو غيره عن أبي سعيد الخدري... به وإسماعيل بن رباح: مجهول كما في التقريب، وأخرجه أبو الشيخ في «أخلاق» النبي ﷺ وآدابه (ص٢٣٧/ ٦٨٢) وإسناده ضعيف جدًا.

(٢٣) أخرجه أبو داود في سننه» (٣/ ح٣٨٤٩) وابن ماجه في «سننه» (٢/ ح٣٢٨٤) وإسناده صحيح.

قال: «من أكل طعامًا فقال: الحمد لله الذى أطعمنى هذا ورزقنيه من غير حول منى ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه»(٢٤) رواهن ابن ماجه، وروى أن النبى ﷺ أكل طعامًا هو وأبو بكر وعَمر ثم قال: «من قال فى أوله باسم الله وبركة الله، وفى آخره الحمد لله الذى أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره»(٢٥).

ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال: «صنع أبو الهيثم للنبى ﷺ وأصحابه طعامًا فدعا النبى ﷺ وأصحابه فلما فرغ قال: أثيبوا صاحبكم، قالوا يا رسول الله وما إثابته؟ قال: «إن الرجل إذا دُخل بيته وأُكِل طعامه وشُرِب شرابه فَدَعَوْا له، فذلك إثابته»(٢٦) وعن أنس أن النبى ﷺ جاء إلى سعد بن عبادة قال: فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبى ﷺ: «أفطر عندك الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة»(٢٧) رواهما أبو داود.

أمامة عن النبى ﷺ أنه كان يقول إذا رفع طعامه: «الحمد لله كثيرًا مباركًا فيه غير مكفى ولا مودع ولا مستغنى عنه ربنا» وعن معاذ بن أنس الجهمى عن رسول الله ﷺ قال: «من أكل طعامًا فقال الحمد لله الذى أطعمنى هذا ورزقنيه من غير حول منى ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه» رواهن ابن ماجه، وقد روى أن النبى أكل طعامًا هو وأبو بكر وعمر ثم قال: «من قال فى أوله باسم الله وبركة الله، وفى آخره الحمد لله الذى أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره».

ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال: صنع أبو الهيثم للنبى ﷺ وأصحابه طعامًا فدعا النبى ﷺ وأصحابه فلما فرغ قال: «أثيبوا صاحبكم» قالوا: يا

---

(٢٤) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٢٨٥) وكذا أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٠٢٣) بأطول منه وزيادة ضعيف، والترمذى (٥/ ح٣٤٥٨) وقال: حديث غريب، والحاكم فى «مستدركه» (١/ ٥٠٧) (٤/ ١٩٢) وابن السنى فى «عمل اليوم والليلة» (٤٦١) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤٣٩) من طريق أبى مرحوم عبد الرحيم بن ميمون عن سهل بن معاذ عن أنس عن أبيه به. وقال الحاكم «صحيح الإسناد» وتعقبه الذهبى بقوله أبو مرحوم «ضعيف» وقال الحافظ فى التقريب: صدوق زاهد وذكره ابن حبان فى الثقات، والحديث حسن إن شاء الله تعالى.

(٢٥) ذكره صاحب الكنز (٤٠٨٤٥) بنحوه وعزاه إلى البيهقى فى الشعب من حديث ابن عباس، وأخرجه الحاكم فى «المستدرك» (٤/ ١٠٧) بنحوه من حديث ابن عباس بلفظ: «خبز ولحم وتمر وبسر ورطب إذا أجبتم مثل هذا تقربتم بأيديكم فكلوا باسم الله وبركة الله». اهـ. وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبى.

(٢٦) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٨٥٣) وإسناده ضعيف من طريق يزيد بن خالد الدالائى عن رجل عن جابر، وعليه الرجل الذى لم يسم والدالائى هو يزيد بن عبد الرحمن أبو خالد صدوق يخطئ كثيرًا ومدلس كما فى التقريب.

(٢٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٨٥٤) وإسناده صحيح وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٧٤٧).

فـصل: ولا بأس بالجمع بين طعـامين ، فإن عبد الله بن جعفر قال: رأيت النبى ﷺ يأكل القثـاء بالرطب(٢٨) ، **ويكره عيـب الطعام** لقول أبى هريرة: مـا عاب رسول الله ﷺ طعامًا قط إذا اشتهى شيـئًا أكله، وإن لم يشتهه تركه(٢٩) متفق عليهمـا، وإذا حضر فصادف قومًا يأكلون فدعوه لم يكره له الأكل لما قـدمناه من حديث جابر حين دعوا رسول الله ﷺ فأكل معـهم، ولا يجوز أن يتحين وقت أكلهم فيـهجم عليهم ليطعم معـهم لقول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلاَّ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَىٰ طَعَامٍ غَيْرَ نَاظِرِينَ إِنَاهُ**﴾ (الأحزاب: ٥٣) أى غير منتظـرين بلوغ نضجه، وعن أنس قال: ما أكـل رسول الله ﷺ على خوان ولا فى سكرجـة(٣٠) قال فعلام كنتم تأكلون؟ قال على السـفر، وقال ابن عباس: لم يكن رسول الله ﷺ ينفخ فى طعام ولا شـراب ولا يتنفس فى الإناء(٣١) وفى المتفق علـيه من حديث أبى قتـادة: «ولا يتنفس أحدكم فى الإناء»(٣٢) وعن ابن عمر قـال: قال رسول الله ﷺ : «إذا

رسول الله وما إثابته؟ قال: «إن الرجل إذا دُخِل بيته وأُكِل طعامه وشُرِب شرابه فَدَعَوْا له فذلك إثابته» وعن أنس أن النبى ﷺ جاء إلى سعد بن عبادة يعوده فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبى ﷺ : «أفطر عندك الصائمون وأكل طعـامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة» رواه أبو داود.

فـصل: ولا بأس بالجمع بين طعـامين ، فإن عبد الله بن جعفر قال: رأيت النبى ﷺ يأكل القثـاء بالرطب، **ويكره عيـب الطعام** لقول أبى هريرة ما عـاب رسول الله ﷺ طعامًا قط، إذا اشتهى شيئًا أكله وإن لم يشتهه تركه، مـتفق عليهما، وإذا حضر فصادف قومًا يأكلون

---

(٢٨) أخرجه البخـارى فى كتاب «الأطعمة» (٩/ ح٥٤٤٠/ فتح) ومـسلم فى كتاب «الأشربة» (٣/ ١٤٧/ ١٦١٦) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٨٣٥) والتـرمـذى فى «سننه» (٤/ ح١٨٤٤) وابن مـاجـه فى «السنن» (٢/ ح٣٣٢٥) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٠٥٨) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٠٣، ٢٠٤).

(٢٩) أخرجه البخارى فى كتـاب «الأطعمة» (٩/ ح٥٤٠٩/ فتح) ومسلم (٣/ ١٨٧/ ١٦٣٢) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٧٦٣) والترمذى فى «سننه» (٤/ ح٢٠٣١) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٢٥٩).

(٣٠) أخرجه البـخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥٤١٥/ فتح) والـترمذى فى «سننه» (٤/ ح١٧٨٨) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٢٩٢) والنسائى فـى «السنن» (٤/ ٦٦٣٤/ ١٤٩) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ١٣٠) وأبو الشيخ فى «أخـلاق النبى ﷺ وآدابه» (٦١٣). **الخوان:** هو المائدة إذا لم يكن عليـها طعام وإلا فهى مائدة. **السكرجة:** قيل هى الصحفة التى يوضع فيها الأكل.

(٣١) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٢٨٨) وإسناده ضعيف فهو من طريق شريك عن عبد الكريم عن عكرمة عن ابن عبـاس. . . به، وشريك هذا هو ابن عبد الله القـاضى فهو سيئ الحـفظ كما هو فى التقريب ويشهد له ما معه.

(٣٢) أخرجه البخارى فى كتاب «الوضوء» (١/ ح١٥٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «الطهارة» (١/ ٦٣/ ٢٢٥) والترمذى فى «سننه» (٤/ ح١٨٨٩) بلفظ «إذا شرب أحدكم فلا يتنفس فى الإناء» والنسائى فى السنن (١/ ح٤٧، ٤٨) بنحوه وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٣٨٣) (٥/ ٢٩٦، ٣٠٩، ٣٣٠، ٣١١).

وضعت الـمائدة فلا يقـوم رجل حتى ترفع الـمائدة ولا يرفع يده وإن شـبع حتى يفـرغ القوم وليعذر فإن الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له فى الطعام حاجة»(٣٣) رواهن كلهن ابن ماجه.

فـصل: قال محمد بن يحيى: قلت لأبى عبد الله الإناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد؟ قال لا بأس، وقيل لأبى عبـد الله ما تقول فى غسل اليد بالنخالة؟ فـقال: لا بأس به نحن نفعله، واستدل الخطابى على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده(٣٤) عن رسول الله ﷺ أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحًا ثـم تغسل به الدم من حيضة(٣٥)، والملح طعام فـفى معناه ما أشبهه، والله أعلم.

فدعوه لم يكره الأكل لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله ﷺ فأكل معهم، ولا يجوز له أن يتحين وقت أكلهم فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلاَّ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَىٰ طَعَامٍ غَيْرَ نَاظِرِينَ إِنَاهُ﴾ أى غير منتظريـن بلوغ نضجه، وعن أنس قـال: ما أكـل رسول الله ﷺ على خـوان ولا فى سكرجـة قال: فـعـلام كنتم تأكلون؟ قال على السفر وقال ابن عباس: لم يكن رسول الله ﷺ ينفخ فى طعام ولا شراب ولا يتنفس فى الإناء، وفى المتفق عليه من حديث أبى قتادة: «ولا يتنفس أحدكم فى الإناء».

وعن ابن عمـر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا وضـعت المائدة فلا يقـوم الرجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وإن شبع حتى يفرغ القوم وليقعد، فإن الرجل يخجل جليسه فيقبض يده، وعسى أن يكون له فى الطعام حاجة» رواهن كلهن ابن ماجه.

فـصل: قال محمد بن يحيى: قلت لأبى عبـد الله: الإناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد؟ قال: لا بأس به، وقيل لأبى عبد الله: ما تقـول فى غسل اليد بالنخالة؟ قال: لا بأس به نحن نفعله، واستدل الخطابى علـى جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله ﷺ أنه أمر امرأة أن تجـعل مع الماء ملحًا ثم تغسل به الدم من حـيضة، والملح طعام فـفى معناه ما أشبهه.

---

(٣٣)أخرجه ابن ماجه كله بلفظ جملة واحدة فى كـتاب «الأطعمة» (٢/ ح٣٢٩٥) من طريق عبيد الله أنبأنا عبد الاعلى عن يحيى بن أبى كثير عن عـروة بن الزبير عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: ثم ذكـره... وقال الـبوصـيـرى فى الزوائد: فى إسناده عـبـد الأعلى بن أعـين، وهو ضعـيـف، قـال الدارقطنى: ليس بثقة، وقال العقيلى: جاء بأحاديث منكره ليس منها شىء محفوظ، وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به فالحديث إسناده ضعيف جدًا.

(٣٤)تقدم فى المسألة (٨) فى المجلد الأول.

(٣٥)فى نسخة: عن حقيقته.

كتاب عشرة النساء والخلع

قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (النساء: ١٩) وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٢٨) وقال أبو زيد: يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم، وقال ابن عباس: إنى لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لى، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقال الضحاك فى تفسيرها: إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته، وقال بعض أهل العلم التماثل هٰهنا فى تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه أذًى ولا منة لقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهذا من المعروف، ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ إلى قوله: ﴿وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ﴾ (النساء: ٣٦) قيل هو كل واحد من الزوجين، وقال النبى ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرًا فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله»[(١)] رواه مسلم، وقال النبى ﷺ: «إن المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فإن ذهبت تقيمها كسرتها وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج»[(٢)] متفق عليه، وقال: «خياركم خياركم لنسائهم» رواه ابن ماجه[(٣)]، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه لقوله الله تعالى:

باب عشرة النساء

تلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف وأن لا يمطله بحقه ولا يظهر الكراهة لبذله لقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقال: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم، وقال ابن عباس: إنى أحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لى، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقال الضحاك فى تفسيرها: إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته، وقال بعض أهل العلم: التماثل ههنا فى تأدية

---

(١) تقدم برقم (٨٢) فى المسألة رقم (٥٩٠).

(٢) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥١٨٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٥٩، ٦٥/ ١٠٩٠، ١٠٩١) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٢٢١) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٤٢٨، ٤٤٩، ٤٩٧، ٥٣٠).

(٣) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٧٨) وقال البوصيرى فى «الزوائد»: إسناده على شرط الشيخين، والترمذى فى «الرضاع» (٣/ ح١١٦٢) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٥٠، ٤٧٢).

﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ (البقرة: ٢٢٨) وقال النبى ﷺ: «لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق»(٤) رواه أبو داود، وقال: «إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» متفق عليه(٥)، وقال لامرأة: «أذات زوج أنت؟» قالت: نعم، قال: «فإنه جنتك ونارك»(٦) وقال: «لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ولا تأذن فى بيته إلا بإذنه وما أنفقت من نفقة من غير إذنه فإنه يرد إليه شطره» رواه البخارى(٧).

فصل: إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها إليه وجب ذلك، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسليمها ووجبت نفقتها، وإن طلبها فسألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله، وقد قال النبى ﷺ:

كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه أذى ولا منة، لأن هذا من المعروف الذى أمر الله تعالى به، ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق لصاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ إلى قوله: ﴿وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ﴾ قيل: هو كل واحد من الزوجين، وقال النبى ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرًا فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله» رواه مسلم، وقال النبى ﷺ: «إن المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فإن ذهبت تقيمها كسرتها، وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج» متفق عليه، وقال «خياركم خياركم لنسائهم» رواه ابن ماجه، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه، قال الله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ وقال النبى ﷺ: «لو كنت آمرًا

---

(٤) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٤٠) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٨٧) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ٢٩١) وإسناده صحيح.

(٥) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥١٩٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ١٢٠/ ١٠٥٩/ ١٠٦٠) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٤١) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٢٢٨) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٥٥، ٣٤٨، ٣٨٦، ٣٦٨، ٤٨٠، ٥١٩، ٥٣٨) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ٢٩٢).

(٦) أخرجه النسائى فى «عشرة النساء» (٧٦/ ص١٠٦) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٣٤١) (٦/ ٤١٩) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٨٩) وقال: إسناده صحيح، ووافقه الذهبى والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٩١) وفى «شعب الإيمان» (٦/ ح٨٧٢٩ - ٨٧٣٠) وقال المنذرى (٣/ ٧٤) رواه أحمد والنسائى بإسنادين جيدين.

(٧) أخرجه البخارى فى «كتاب النكاح» (٩/ ح٥١٩٥/ فتح) ومسلم فى كتاب الزكاة (٢/ ٨٤/ ٧١١) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٤٥٨) وفيه زيادة «غير رمضان» والترمذى «فى الصيام» (٣/ ح٧٨٢) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٧٦١) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح١٧٢٠، ١٧٢١) مختصرًا، وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٤١٦، ٤١٤، ٤٦٤، ٤٧٦، ٥٠٠) (٣/ ٨٠ - ٨٤).

«لا تطرقوا النساء ليلاً حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة»[٨] فمنع من الطروق وأمر بإمهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فههنا أولى، ثم إن كانت حرة وجب تسليمها ليلاً ونهاراً وله السفر بها، لأن النبى ﷺ كان يسافر بنسائه[٩] إلا أن يكون سفراً مخوفاً فلا يلزمها ذلك، وإن كانت أمة لم يلزم تسليمها إلا بالليل، لأنها مملوكة عقد على إحدى منفعتها فلم يلزم تسليمها فى غير وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل، ويجوز للمولى بيعها لأن النبى ﷺ أذن لعائشة فى شراء بريرة وهى ذات زوج[١٠]، ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها.

فصل: وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس، مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو مملوكة لأنه يمنع الاستمتاع الذى هو حق له فملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه، وإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه لأنه لحقه، وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة، لأن الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها إلا بالغسل، فأما الذمية ففيها روايتان: **إحداهما**: له إجبارها عليه، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه فإن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة، **والثانية**: له إجبارها عليه، وهو قول مالك والثورى، لأن الوطء لا يقف

أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهم من الحق» رواه أبو داود، وقال: «إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» متفق عليه، وقال لامرأة: «أذات زوج أنت؟» قالت: نعم، قال: «فإنه جنتك ونارك» وقال: «لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ولا تأذن فى بيته إلا بإذنه وما أنفقت من نفقة بغير إذنه فإنه يرد إليه شطره» رواه البخارى.

١- مسألة: (وإذا تم العقد وجب تسليم المرأة فى بيت الزوج إذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها).

لأن بالعقد يستحق الزوج تسليم المعوض كما تستحق المرأة تسليم العوض، وكما تستحق المستأجرة تسليم العين المستأجرة وتستحق عليه الأجرة به، وقوله وكانت حرة لأن الأمة لا يجب تسليمها إلا بالليل على ما نذكره، ويشترط إمكان الاستمتاع بها، فإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها وذلك معتبر بحالها واحتمالها لذلك، قاله القاضى، وذكر أنهن يختلفن

---

(٨) أخرجه البخارى فى «كتاب النكاح» (٩/ ح٥٢٤٧/ فتح) من حديث جابر وفى آخره «أمهلوا حتى يدخلوا ليلاً ـ أى عشاء ـ لكى تمتشط . . . الحديث» ومسلم (٣/ ١٨١ - ١٨٢/ ١٥٢٧) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٧٧٨) والنسائى فى كتاب «عشرة النساء» (٢٢٢، ٢٢٣) والدارمى فى «النكاح» (٢/ ح٢٢١٦) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ١٠٤) (٣/ ٢٩٨، ٣٠٣، ٣٥٥). **الشعثة**: التى اغبرّ وتلبد وتوسخ شعر رأسها. **تستحد**: أى تزيل شعر عانتها. **المغيبة**: التى غاب زوجها.

(٩) تقدم برقم (١٣٠) فى المسألة رقم (١١٢٧).

(١٠) تقدم برقم (٣٢) فى المسألة رقم (٧٠٣).

عليه فإنه مباح بدونه، وللشافعي قولان كالروايتين، وفى إزالة الوسخ والدرن وتقليم الأظفار وجهان بناء على الروايتين فى غسل الجنابة، وتستوى فى هذه المسلمة والذمية لاستوائهما فى حصول النفرة ممن ذلك حالها، وله إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة، ذكره القاضى، وكذلك الأظفار، وإن طالا قليلاً بحيث تعافه النفس ففيه وجهان، وهل له منعها من أكل ما له رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث؟ على وجهين: **أحدهما**: له منعها من ذلك لأنه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع.

والثاني: ليس له منعها منه، لأنه لا يمنع الوطء، وله منعها من السُّكْر وإن كانت ذمية لأنه يمنع الاستمتاع بها فإنه يزيل عقلها ويجعلها كالزق المنفوخ، ولا يأمن أن تجنى عليه، وإن أرادت شرب ما يسكرها فله منع المسلمة لأنهما يعتقدان تحريمه، وإن كانت ذمية لم يكن له منعها منه، نص عليه أحمد لأنها تعتقد إباحته فى دينها وله إجبارها على غسل فمها منه ومن سائر النجاسات ليتمكن من الاستمتاع بفيها، ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة وهو كالثوم، وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ هل له منعها منه؟ على وجهين، ومذهب الشافعى على نحو من هذا الفصل كله.

فصل: وللزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما، قال أحمد فى امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها، وقد روى ابن بطة فى أحكام النساء عن أنس أن رجلاً

فقد تكون صغيره السن تصلح وكبيرة لا تصلح، وحَدَّهُ أحمد ـ رحمه الله ـ بتسع سنين، فقال فى رواية أبى الحارث فى الصغيرة يطلبها زوجها: فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع، وذهب فى ذلك إلى أن النبى ﷺ بنى بعائشة وهى بنت تسع سنين، قال القاضى: هذا عندى ليس على طريق التحديد وإنما ذكره لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها ومتى كانت لا تصلح للوطء لا يجب على أهلها تسليمها إليه، وإن ذكر أنه يحصنها ويربيها لأنه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شرة نفسه إلى مواقعتها فيفضها، وإن كانت مريضة مرضًا مرجو الزوال لم يلزمها تسليم قبل برئها، لأنه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر، ولأن العادة لم تجر بتسليم المريضة إلى زوجها، والتسليم فى العقد يجب على حسب العرف، فإن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ولزمه تسلمها إذا عرضت عليه، لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها، فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج وله أن يستمتع بها، فإن كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الإفضاء من عظمه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه النفقة ولا يثبت له خيار الفسخ، لأن هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وإنما الامتناع لأمر من جهته وهو عظم خلقه، بخلاف الرتقاء فإن طلب تسليمها إليه وهى حائض احتمل أن لا يجب

سافر ومنع زوجته من الخروج فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها فقال لها رسول الله ﷺ: «اتقي الله ولا تخالفي زوجك» فمات أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في حضور جنازته فقال لها: «اتقي الله ولا تخالفي زوجك» فأوحى الله إلى النبي ﷺ: «إني قد غفرت لها بطاعة زوجها»(١١)، ولأن طاعة الزوجة واجبة، والعيادة غير واجبة فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج إلا بإذنه، ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما لأن في ذلك قطيعة لهما وحملاً لزوجته على مخالفته، وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف، وإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الكنيسة لأن ذلك ليس بطاعة ولا نفع، وإن كانت مسلمة فقال القاضي: له منعها من الخروج إلى المساجد وهو مذهب الشافعي، وظاهر الحديث يمنعه من منعها لقول النبي ﷺ: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»(١٢) وروى أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل وكانت تخرج إلى المساجد وكان غيوراً فيقول لها: لو صليت في بيتك فتقول: لا أزال أخرج أو تمنعني، فكره منعها لهذا الخبر، وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشتري لها زناراً؟ قال: لا، بل تخرج هي تشتري لنفسها، فقيل له جاريته تعمل الزنانير؟ قال: لا.

ذلك كالمرض المرجو زواله، واحتمل وجوب التسليم، لأنه يزول قريبًا ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج.

2- **مسألة: (وإنما يجب تسليمها في بيت الزوج إذا لم تشترط دارها)** وقد ذكرنا ذلك في بابه ويجب عليها تسليم نفسها في دارها.

فصل: فإن كانت حرة لزم تسليمها ليلاً ونهاراً، لأنه لا حق لغيره عليها.

3- **مسألة: (فإن سألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة بإصلاحها أمرها فيها كاليومين والثلاثة).**

لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله، وقد قال النبي ﷺ: «لا تطرقوا النساء ليلاً حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة» فمنع من الطروق وأمر بإمهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبتها له فههنا أولى.

4- **مسألة: (وإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل).**

وللسيد استخدامها نهاراً وعليه إرسالها بالليل للاستمتاع بها، لأنه زمانه وذلك لأن السيد

---

(١١) رواه ابن بطة في «أحكام النساء» (٢/ ٢١٩) كما هو في الإرواء (٢٠١٥) وإسناده ضعيف، وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٣١٣) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عصمة بن المتوكل وهو ضعيف.

(١٢) متفق عليه، وانظر اللؤلؤ والمرجان (حديث ٢٥٤) وتقدم مستوفيًا.

فصل: وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه، نص عليه أحمد، وقال أبو بكر بن أبى شيبة وأبو إسحاق الجوزجانى عليها ذلك واحتج بقصة على وفاطمة، فإن النبى ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علىٍّ ما كان خارجًا من البيت من عمل(١٣)، رواه الجوزجانى من طرق، قال الجوزجانى: وقد قال النبى ﷺ: «لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل»(١٤) ورواه بإسناده، قال فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه؟ وقد كان النبى ﷺ يأمر نساءه بخدمته، فقال: «يا عائشة اسقينا يا عائشة أطعمينا يا عائشة هلمى الشفرة واشحذيها بحجر»(١٥) وقد روى أن فاطمة أتت رسول الله ﷺ تشكو إليه ما تلقى من الرحى وسألته خادمًا يكفيها ذلك(١٦).

يملك من أمته منفعتين: الاستخدام والاستمتاع، فإذا عقد على إحداهما لم يلزمه تسليمها إلا فى زمن استطابتها، كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا فى زمنها وهو النهار، فإن أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك، لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها، وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك فقال: ما أدرى؟ فيحتمل المنع منه، لأنه يفوت حق الزوج منها فمنع منه كما لو أراد الزوج السفر بها ويحتمل أن له السفر بها، لأنه مالك لرقبتها فهو كسيد العبد إذا زوجه.

---

(١٣) أخرجه أبو نعيم فى «الحلية» (٦/ ١٠٤) من طريق هناد بن السرى ثنا عيسى بن يونس عن أبى بكر ابن عبد الله بن أبى مريم عن ضمرة... به وفى إسناده أبو بكر بن عبد الله قال الحافظ: ضعيف.

(١٤) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ١٨٥٢) من طريق على بن زيد بن جدعان عن سعيد بن المسيب عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال... فذكره، وإسناده ضعيف فيه على بن زيد بن جدعان وهو ضعيف، ولكن للحديث طرق أخرى وشواهد، منها: ما أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ١٨٥٣) من طريق حماد بن زيد عن أيوب عن القاسم الشيبانى عن عبد الله بن أبى أوفى وفيه «فإنى لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها...» الحديث، وقال البوصيرى فى «الزوائد»: رواه ابن حبان فى صحيحه، قال السندى: كأنه يريد أنه صحيح الإسناد، وأخرجه النسائى فى كتاب «عشرة النساء» (ص ٢٢٥) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ١٥٨) من حديث أنس بلفظ: «لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر، ولو صلح لبشر أن يسجد لبشر لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها». اهـ. وقال الهيثمى فى «المجمع» (٩/ ٤): رواه أحمد والبزار ورجاله رجال الصحيح غير حفص ابن أخى أنس وهو ثقة، وأيضًا أحمد فى «مسنده» (٤/ ٣٨١) والحاكم (٤/ ١٧٢) وبالجملة فالحديث حسن إن شاء الله تعالى.

(١٥) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٥/ ٤٢٦) وأما قوله: «يا عائشة هلمى الشفرة...» الحديث، فهو عند مسلم فى كتاب «الأضاحى» (٣/ ١٩/ ١٥٥٧).

(١٦) أخرجه البخارى فى «الخمر» (٦/ ح٣١١٣/ فتح) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ح٥٠٦٢) وأحمد فى «مسنده» (١١٤١).

ولنا: أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع، فلا يلزمها غيره كسقى دوابه وحصاد زرعه، فأما قسم النبى ﷺ بين على وفاطمة فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية، ومجرى العادة لا على سبيل الإيجاب، كما قد روى عن أسماء بنت أبى بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها(١٧)، ولم يكن ذلك واجبًا عليها، ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة، ولكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به، لأنه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه.

فصل: ولا يحل وطء الزوجة فى الدبر فى قول أكثر أهل العلم، منهم: على وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأبو هريرة، وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر ابن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر، ورويت إباحته عن ابن عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك(١٨)، وروى عن مالك أنه قال: ما أدركت أحد أقتدى به

---

(١٧) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥٢٢٤/ فتح) ومسلم فى (السلام) (٤/ ٣٤/ ١٧١٦، ١٧١٧) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٤٧).

(١٨) **قلت**: إن هذا الأمر مستبعد تمامًا أن يصرح به ابن عمر ﷺ أو يفتى به وهو الصحابى الجليل الذى كان يقتفى آثار النبى ﷺ حتى فى إناخته لناقته، وأن ما رُوى عنه ما هو إلا أسانيد ضعيفة وواهية لا أساس لها من الصحة والدليل على ذلك ما رواه النسائى فى كتاب «عشرة النساء» (١١٥، ١١٦) قال: أخبرنا على بن عثمان بن محمد بن سعيد بن عبد الله بن ثقيل، قال: ثنا سعيد بن عيسى قال: ثنا الفضل، قال: حدثنى عبد الله بن سليمان عن كعب بن علقمة عن أبى النضر أنه أخبره: أنه قال لنافع مولى عبد الله بن عمر: قد أكثر عليك القول أنك تقول عن ابن عمر أنه أفتى بأن يؤتى النساء فى أدبارها؟! قال نافع: لقد كذبوا علىّ: ولكنى سأخبرك كيف كان الأمر: إن ابن عمر عرض المصحف يومًا، وأنا عنده حتى بلغ ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ قال: يا نافع هل تعلم ما أمر هذه الآية؟ إنا كنا معشر قريش نجىء النساء فلما دخلنا المدينة، ونكحنا نساء الأنصار، أردنا منهم مثل ما كنا نريد من نسائنا فإذا هن قد كرهن ذلك وأعظمنه، وكانت نساء الأنصار إنما يؤتين على جنوبهن، فأنزل الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ وقال ابن كثير فى تفسيره (١/ ٣٨٣) بعد ذكر هذه الآية. اهـ.

هذا إسناد صحيح وقد رواه ابن مردويه عن الطبرانى، عن الحسين بن إسحاق عن زكريا بن يحيى الكاتب العمرى، عن مفضل بن فضالة، عن عبد الله بن عباس عن كعب بن علقمة... فذكره.

فى تفسير ابن كثير «نجبى» وهى الصواب (ص ١١٦).

وأما الدليل الآخر: فما رواه النسائى أيضًا فى كتاب «عشرة النساء» قال: أخبرنا الربيع بن سليمان، قال: نا أصبغ بن الفرج، قال: نا عبد الرحمن بن القاسم قال: قلت لمالك: إن عندنا بمصر الليث ابن سعد يحدث عن الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار قال: قلت لابن عمر: إنا نشترى الجوارى فنمحض لهن قال: وما التمحيض قال: نأتيهن فى أدبارهن، قال أَوَّ أويعمل هذا مسلم؟ قال ابن كثير فى «تفسيره» (١/ ٣٨٨) معلقًا على هذا الخبر: ورواه الدارمى فى «سننه» (١/ ح١١٤٣) ثم قال: هذا إسناد صحيح ونص صريح عنه بتحريم ذلك، فكل ما ورد عنه مما يحتمل ويحتمل، فهو مردود إلى هذا المحكم. اهـ. وأما ما روى فى الإباحة من حديث مالك عن ابن عمر فقال ابن كثير (١/ ٣٨٣): لا يصح.

فى دينى يشك فى أنه حلال، وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك، واحتج من أجله بقول الله تعالى: ﴿نسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٢٣) وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ (المؤمنون: ٥، ٦).

ولنا ما روى أن رسول الله قال: «إن الله لا يستحيى من الحق، لا تأتوا النساء من أعجازهن»[١٩] وعن أبى هريرة وابن عباس عن النبى ﷺ قال: «لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأة فى دبرها»[٢٠] رواهما ابن ماجه، وعن ابن مسعود عن النبى ﷺ قال: «محاش النساء حرام عليكم»[٢١] وعن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: «من أتى حائضًا أو امرأة فى دبرها أو كاهنًا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أُنزل على محمد»[٢٢] رواهن كلهنّ الأثرم، فأما الآية فروى جابر قال: كان اليهود يقولون: إذا جامع الرجل امرأته فى فرجها من ورائها جاء

فصل: ويجوز للسيد بيعها، لأن النبى ﷺ أذن لعائشة فى شراء بريرة وهى ذات زوج، ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها.

5- مسألة: (وله الاستمتاع بها ما لم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها).

لأن النبى ﷺ قال: «إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» متفق عليه، ولقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (النساء: ١٩) وله السفر بها إلا أن تشترط بلدها، لأن النبى ﷺ كان يسافر بنسائه، فإن اشترطت بلدها فلها شرطها لقول النبى ﷺ «إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج»[1].

6- مسألة: (ولا يجوز وطؤها فى الحيض إجماعًا).

لقول الله تعالى: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِى الْمَحِيضِ وَلا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ (البقرة: ٢٢٢) ولا

---

(١٩) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٢٤) وإسناده ضعيف، فيه الحجاج بن أرطأة، والنسائى فى «عشرة النساء» (١١٩، ١٢٠) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٦٦) والدارمى فى «سننه» (١/ ح١١٤٤) وابن حبان كما فى الإحسان (٦/ ٢٠٠، ٢٠١) وأحمد فى «مسنده» (٦٥٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٩٨).

(٢٠) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٢٣) وفى الزوائد للبوصيرى قال: إسناده صحيح، وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٧٢، ٣٤٤) وإسناده صحيح، والبيهقى فى «السنن» (٧/ ١٩٨) والنسائى فى «عشرة النساء» (ص ١٣٣) والدارمى فى «سننه» (١/ ح١١٤٠).

(٢١) أخرجه الدارمى فى «سننه» (١/ ح١١٣٧) موقوف، وذكره الزبيدى فى «الإتحاف» (٥/ ٣٧٥) وذكره ابن كثير فى «تفسيره» (١/ ٣٨٧) وذكره أيضًا مرفوعًا سمرة بن جندب، قاله الحافظ فى المطالب العالية (٢/ ح١٥٦٠). **المحش:** هو مجتمع العذرة.

(٢٢) تقدم برقم ٤٦١ فى المسألة رقم (٩٨) فى المجلد الأول.

(1) أخرجه مسلم فى «النكاح» (٢/ ٦٣/ ١٠٣٥، ١٠٣٦) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٢٧) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٣٩) وابن ماجه (١/ ح١٩٥٤) والنسائى فى «سننه» (٦/ ٩٣) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٤٨).

الولد أحول فأنزل الله: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ (البقرة: ٢٢٣) من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها إلا فى المأتى، متفق عليه[٢٣]، وفى رواية «ائتها مقبلة ومدبرة إذا كان ذلك فى الفرج»[٢٤] والآية الأخرى المراد بها ذلك.

فصل: فإن وطئ زوجته فى دبرها فلا حد عليه، لأن له فى ذلك شبهة ويعذر لفعله المحرم، وعليها الغسل، لأنه إيلاج فرج فى فرج وحكمه حكم الوطء فى القبل فى إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة، وإن كان الوطء لأجنبية وجب حد اللوطى ولا مهر عليه، لأنه لم يفوت منفعة لها عوض فى الشرع، ولا يحصل بوطء زوجته فى الدبر إحصان إنما يحصل بالوطء الكامل، وليس هذا بوطء كامل والإحلال للزوج الأول، لأن المرأة لا

يجوز وطؤها فى الدبر فى قول أكثر أهل العلم منهم على وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأبو هريرة ﷺ، وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ورويت إباحته عن عبد الله بن عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك، وروى عن مالك أنه قال: ما رأيت أحداً أقتدى به فى دينى يشك فى أنه حلال، وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك، واحتج من أحله بقوله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ (المؤمنون: ٥، ٦) الآية.

ولنا ما روى أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله لا يستحى من الحق لا تأتوا النساء فى أعجازهن» وعن أبى هريرة وابن عباس عن النبى ﷺ قال: «لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته فى دبرها» رواهما ابن ماجه، وعن ابن مسعود عن النبى ﷺ قال: «من أتى حائضاً أو امرأة فى دبرها أو كاهناً فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد» رواهن كلهن الأثرم، فأما الآية فروى جابر قال: كان اليهود يقولون إذا جامع الرجل امرأته فى فرجها من ورائها جاء الولد أحول، فأنزل الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها إلا فى المأتى المتفق عليه، وفى رواية «ائتها مقبلة ومدبرة إذا كان ذلك فى الفرج» والآية الأخرى المراد بها ذلك.

فصل: فإن وطئها فى دبرها فلا حد عليه، لأن فى ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم وعليهما الغسل، لأنه إيلاج فرج فى فرج وحكمه حكم الوطء فى القبل فى إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة، فإن كان الوطء فى أجنبية فعليه حد اللوطى ولا مهر عليه، لأنه

---

(٢٣) أخرجه البخارى فى كتاب «التفسير» (٨/ ح٤٥٢٨) ومسلم فى «النكاح» (٢/ ١١٧، ١١٨/ ١٠٥٨) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح ٢١٦٣) والترمذى فى «السنن» (٥/ ح٢٩٧٨) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٠٥) وابن ماجه فى «السنن» (١/ ح١٩٢٥) والدارمى فى «السنن» (٢/ ح٢٢١٤).

(٢٤) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٦٤) بنحوه وإسناده حسن.

تذوق به عسيلة الرجل، ولا تحصل به الفيئة ولا الخروج من العنة، لأن الوطء فيهما لحق المرأة، وحقها الوطء فى القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها فى الإذن بالنكاح، لأن بكارة الأصل باقية.

فصل: ولا بأس بالتلذذ بها بين الأليتين من غير إيلاج، لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك، ولأنه حرم لأجل الأذى وذلك مخصوص بالدبر فاختص التحريم به.

فصل: والعزل مكروه، ومعناه أن ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارجًا من الفرج، رويت كراهته عن عمر وعلى وابن عمر وابن مسعود، وروى ذلك عن أبى بكر الصديق أيضًا، لأن فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة وقد حث النبى ﷺ على تعاطى أسباب الولد فقال: «تناكحوا تناسلوا تكثروا»(٢٥) وقال: «سوداء ولود خير من حسناء عقيم»(٢٦) إلا أن يكون لحاجة مثل أن يكون فى دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل، ذكر الخرقى هذه الصورة أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده، أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها

لم يفوت منفعة لها عوض فى الشرع ولا يحصل بوطء زوجته فى الدبر إحصان إنما يحصل بالوطء فى الفرج، لأنه وطء كامل بخلاف هذا ولا الإحلال للزوج الأول، لأن المرأة لا تذوق عسيلة الرجل ولا تحصل به الفيئة، لأن الوطء لحق المرأة وحقها الوطء فى القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها فى الإذن فى النكاح، لأن بكارة الأصل باقية.

فصل: فأما التلذذ بين الإليتين من غير إيلاج فلا بأس به، لأن السنة وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك، ولأنه حرم لأجل الأذى، وذلك مخصوص فى الدبر فاختص التحريم به.

7- مسألة: (ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها).

معنى العزل أن ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارجًا من الفرج وهو مكروه، رويت كراهته عن عمر وعلى وابن عمر وابن مسعود، وروى عن أبى بكر الصديق أيضًا، لأن فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة، وقد حث النبى ﷺ على تعاطى أسباب الولد فقال: «تناكحوا تناسلوا تكثروا» وقال: «سوداء ولود خير من حسناء عقيم» إلا أن يكون العزل لحاجة مثل أن يكون فى دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء.

---

(٢٥) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ح١٠٣٩١) عن سعيد بن أبى هلال مرسلاً، وقال العراقى فى الإحياء (٢/ ٣٦) وأخرجه ابن مردويه فى تفسيره من حديث ابن عمر وإسناده ضعيف. اهـ.
وللحديث شاهد عند أبى داود والنسائى والحاكم وأحمد والبيهقى فى «السنن الكبرى» بلفظ «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم» وإسناده صحيح.

(٢٦) ذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥٨) وقال: رواه الطبرانى وفيه على بن الربيع وهو ضعيف.

وإلى بيعها، وقد روى عن على ﷺ: أنه كان يعزل عن إمائه، فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم، ورويت الرخصة فيه عن على وسعد بن أبى وقاص وأبى أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن على وخباب بن الأرت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى، وروى أبو سعيد قال: ذُكِرَ، يعنى العزل، عند رسول الله ﷺ قال: «فلم يفعل أحدكم؟ - ولم يقل فلا يفعل - فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها» متفق عليه(٢٧)، وعنه أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لى جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال، وإن اليهود تحدث أن العزل الموءودة الصغرى، قال: «كذبت يهود، لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه» رواه أبو داود(٢٨).

ذكر الخرقى فى هذه: أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده، أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها، فقد روى عن على ﷺ أنه كان يعزل عن إمائه فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم، وقد رويت الرخصة فيه عن على وسعد بن أبى وقاص وأبى أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن على وخباب بن الأرت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى، وروى أبو سعيد قال: ذكر يعنى العزل عند رسول الله ﷺ، قال: «فلم يفعل ذلك أحدكم؟ - ولم يقل فلا يفعل - فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها» متفق عليه، وعنه أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لى جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وإن اليهود تحدث أن العزل هى الموءودة الصغرى، قال: «كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه» رواه أبو داود.

ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها، قال القاضى: ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة فى العزل، ويحتمل أن يكون مستحبًا، لأن حقها فى الوطء دون الإنزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة، وللشافعية فى ذلك وجهان، والأول أولى، لما روى عن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها، رواه الإمام أحمد فى المسند وابن ماجه، ولأن لها فى الولد حقًا وعليها فى العزل فلم يجز إلا بإذنها.

فصل: والنساء ثلاثة أقسام: إحداهن: زوجته الحرة فلا يجوز العزل عنها إلا بإذنها فى ظاهر المذهب وقد ذكرنا ذلك، **الثانية:** أمته فيجوز العزل عنها، نص عليه أحمد، وهو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى، وذلك لأنه لا حق لها فى الوطء ولا فى الولد ولذلك لم تملك

---

(٢٧) أخرجه البخارى فى «كتاب التوحيد» (١٣/ ح٧٤٠٩/ فتح) ومسلم فى «النكاح» (٢/ ١٣٢/ ١٠٦٣) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٧٠) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٣٨).

(٢٨) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٧١) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٣، ٥١، ٥٣) وإسناده صحيح.

فصل: ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها، نص عليه أحمد، وهو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى، وذلك لأنه لا حق لها فى الوطء ولا فى الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن لا تملك المنع من العزل أولى ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها، قال القاضى: ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة فى العزل ويحتمل أن يكون مستحبًا، لأن حقها فى الوطء دون الإنزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة، وللشافعية فى ذلك وجهان، والأول أولى لما روى عن عمر ﵁، قال: نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها، رواه الإمام أحمد فى المسند وابن ماجه(٢٩)، ولأن لها فى الولد حقًا وعليها فى العزل ضرر فلم يجز إلا بإذنها، فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعى استدلالاً بمفهوم هذا الحديث، وقال ابن عباس تستأذن الحرة ولا تستأذن الأمة، ولأن عليه ضررًا فى استرقاق ولده بخلاف الحرة، ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء فى الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة وترك العزل من تمامه فلم يجز بغير إذنها كالحرة.

المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن تملك المنع من العزل أولى، **والثالثة:** زوجته الأمة فالأولى جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعى استدلالاً بمفهوم الحديث المذكور.

وقال ابن عباس: يستأذن الحرة ولا يستأذن الأمة، ولأن عليه ضررًا فى إرقاق ولده بخلاف الحرة، ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء فى الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة فلم يجز بغير إذنها كالحرة، وقال أصحابنا: لا يجوز العزل عنها إلا بإذن سيدها، لأن الولد له والأولى جوازه لأن تخصيص الحرة بالاستئذان دليل سقوطه فى غيرها، ولأن السيد لا حق له فى الوطء فلا يجب استئذانه فى كيفيته ويحتمل أن يكون استئذانها مستحبًا، لأن حقها فى الوطء لا فى الإنزال بدليل خروجه بذلك من الفيئة والعنة.

مسألة: (وله إجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ الشعر الذى تعافه النفس، إلا الذمية فله اجبارها على الغسل من الحيض والنفاس وفى سائر الأشياء روايتان).

وجملة ذلك أن للزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس، مسلمة كانت أو ذمية حرة أو مملوكة لأنه يمنع الاستمتاع الذى هو حق له فملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه فإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه لأنه لحقه، وله اجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لأن الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها إلا بالغسل، فأما الذمية ففيها روايتان:

---

(٢٩) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٢٨) وقال البوصيرى فى «الزوائد»: فى إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣١) وإسناده صحيح حيث أن ابن لهيعة صرح بالتحديث.

قلت: ابن ماجه وأحمد أخرجاه من طريق ابن ماجه، وقال أحمد شاكر (٢١٢) إسناده صحيح وابن لهيعة عندنا ثقة. اهـ.

فصل: فإن عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه، لما روى أبو داود عن جابر قال جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله ﷺ فقال: إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال: «اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها»(٣٠) قال أبو سعيد كنت أعزل عن جارية لي فولدت أحب الناس إلي(٣١)، ولأن لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الإنزال كسائر الأحكام، وقد قيل إن الوطء في الفرج يحصل به الإنزال ولا يحس به.

إحداهما: له إجبارها عليه، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه فإن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة، **والثانية**: ليس له إجبارها، وهو قول مالك والثوري فإن الوطء لا يقف عليه لإباحته بدونه، وللشافعي قولان كالروايتين، وفي إزالة الوسخ والدرن وفي تقليم الأظافر وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة، ويستوي في هذا المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها، وله إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة ذكرها القاضي، وكذلك الأظفار، فإن طالا قليلاً بحيث تعافه النفس ففيه وجهان، وهل له منعها من أكل ما له رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث؟ على وجهين: **أحدهما**: له منعها من ذلك، لأنه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع، **والثاني**: ليس له ذلك لأنه لا يمنع الوطء، وله منعها من السُّكْر وإن كانت ذمية، لأنه يمنع الاستمتاع بها ويزيل عقلها ولا يأمن أن تجني عليه فأما شرب ما لا يسكر فله منع المسلمة منه، لأنهما يعتقدان تحريمه، وليس له منع الذمية منه، نص عليه أحمد، لأنها تعتقد إباحته في دينها، وله إجبارها على غسل فيها منه لما فيه من الرائحة الكريهة فهو كالثوم، وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد حل يسير النبيذ ومذهب الشافعي على نحو من هذا كله.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **(ولها عليه أن يبيت عندها ليلة من كل أربع ليال إن كانت حرة)**.

وجملة ذلك أن قسم الابتداء واجب ومعناه أنه إذا كانت له امرأة حرة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ما لم يكن له عذر، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع، وبه قال الثوري وأبو ثور، وقال القاضي في المجرد لا يجب قسم الابتداء إلا إن كان بترك الوطء مضرة، فإن كان تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا وطء، لأن أحمد قال: إذا

---

(٣٠) أخرجه مسلم في «النكاح» (٤/ ١٣٤/ ١٠٦٤) وأبو داود في «سننه» (٢/ ح٢١٧٣) وابن ماجه في «سننه» (١/ ٨٩) وقال البوصيري: إسناده صحيح، وأحمد في «مسنده» (٣/ ٣١٢، ٣٨٦).

(٣١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٧/ ١٢٥٥٤) من طريق أبو هارون العمري قال: سمعت أبا سعيد الخدري. . . فذكره، وإسناده ضعيف جدًا، قال الذهبي في «الميزان» تابعي لين عيره كذبه حماد بن زيد، وقال أحمد ليس بشيء وقال ابن معين ضعيف لا يصدق في حديثه، قال النسائي، متروك الحديث وقال ابن حبان: كان يروي عن أبي سعيد ما ليس من حديثه، وقال يحيى: ضعيف.

فصل: فى آداب الجماع

تستحب التسمية قبله لقول الله تعالى: ﴿وَقَدِّمُوا لأَنفُسِكُمْ﴾ (البقرة: ٢٢٣) قال عطاء هى التسمية عند الجماع(*)، وروى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لو أن أحدكم حين يأتى أهله قال باسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدًا» متفق عليه(١)، ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبيد قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجرد تجرد العيرين»(٢) رواه ابن ماجه، وعن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه(٣) ولا يجامع بحيث يراهما أحد أو يسمع حسهما ولا يقبلها ويباشرها عند الناس، قال أحمد: ما يعجبنى إلا أن يكتم هذا كله، وقال الحسن فى الذى يجامع المرأة والأخرى تسمع قال: كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفى، ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روى الحسن قال: جلس رسول الله ﷺ بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال فقال: «لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله إذا خلا» ثم أقبل على النساء فقال: «لعل إحداكن تحدث

وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنينًا أى لا يؤجل، وقال الشافعى: لا يجب قسم الابتداء بحال لأن القسم لحقه فلم يجب عليه.

ولنا: قول النبى ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص: «يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل»؟ قلت: بلى يا رسول الله، قال: «فلا تفعل» صم وأفطر وقم ونم فإن لجسدك عليك حقًا وإن لعينك عليك حقًا وإن لزوجك عليك حقًا» متفق عليه، فأخبر أن للمرأة عليه حقًا.

(*) ذكره القرطبى فى تفسيره (٣/ ٩٩).

(١) أخرجه مسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ١١٦/ ١٠٥٨) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٦١) والترمذى فى «سننه» (٣/ ١٠٩٢) وابن ماجه فى «السنن» (١/ ح١٩١٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٢١) من طريق الوليد بن القاسم الهمدانى ثنا الأحوص بن حكيم عن أبيه ورشدين بن سعد وعبد الأعلى بن عدى عن عتبة بن عبد السلمى قال: قال رسول الله ﷺ . . . فذكره، قال البوصيرى فى «الزوائد»: هذا إسناد ضعيف لضعف الأحوص بن حكيم العنسى الحمصى.

(٣) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (١/ ٩٦) وأبو نعيم فى «الحلية» (٧/ ١٣٩) وابن عدى فى الكامل (٦/ ٢٩٤) من طريق محمد بن يونس القرشى ثنا خالد بن عبد الرحمن عن سفيان الثورى عن هشام ابن عروه عن أبيه عن عائشة . . . به وإسناده ضعيف قال البيهقى: هذا الحديث أحد ما أنكر على محمد بن يونس الكريمى وقال: ابن عدى: وهذا لا أعلمه رواه غير الكريمى بهذا الإسناد والكريمى أظهر أمرًا من أن يحتاج أن يتبين ضعفه.

النساء بما يصنع بها زوجها» قال فقالت امـرأة: إنهم ليفعلون وإنا لنفعل فقال: «لا تفعلوا فإنه مثل ذلكم كمثل شيطان لقى شيطانة فجامعها والناس ينظرون»(٤).

وروى أبو داود عن أبى هريرة عن النبى ﷺ مـثله بمعناه(٥)، ولا يستقـبل القبلة حال الجمـاع، لأن عمرو بن حـزم وعطاء كرها ذلك، ويكره الإكثـار من الكلام حال الجمـاع لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فإن منه يكون الخرس والفأفاء»(٦) ولأنه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع فى معناه وأولى، بذلك منه ويستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع لتنهض شهوتها فتنال من لذة الجماع مثل ما ناله.

وقد روى عن عمر بن عبد العـزيز عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تواقعها إلا وقد أتاها من

وقد روى الشـعبى أن كعـب بن سوار كان جـالسًا عند عمـر بن الخطاب فجـاءت امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين ما رأيت رجـلاً قط أفضلَ من زوجى والله إنه ليبيت ليله قائمًا ويظل نهاره صائمًا، فاستغفر لها وأثنى عليها، واسـتحيت المرأة وقامت راجعة، فقال كعب: يا أمير المؤمنين هلا أعديت الـمرأة على زوجها فجاء؟ فـقال لكعب: اقض بينهما فـإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم، قال: فإنى أرى أنها امرأة عليها ثلاث نسوة وهى رابعتهن فأقضى له بثلاثة أيام ولياليـهن يتعبد فـيهن ولها يوم وليلة، فـقال عمر: والله مـا رأيك الأول بأعجب إلىَّ من الآخر، اذهب فأنت قاضٍ على البصرة، روى ذلك عن عمر بن شـبة فى كتاب «قضاة البصرة» من وجوه هذا أحدها، وفى لفظ قال عمر: نعم القـاضى أنت، وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر

---

(٤)أخرجـه ابن أبى شيـبة فى كتـاب «النكاح» (٣/ ٤٤٩) باب «أخبـار ما يصنع الرجل بامـرأته أو المرأة بزوجها» من طريق أبى نضرة عن الطغاوى قال: قال رسول الله ﷺ . . . به، وإسناده ضعيف لجهالة الطغاوى هذا وإرساله، وللحديث شواهد سيأتى فى الذى بعده.

(٥)أخرجه أبو داود فى «سنـنه» (٢/ ح٢١٧٤) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ١٩٤) وأحـمد فى «مسنده» (٢/ ٥٤٠، ٥٤١) من طريق أبى نضرة، حدثنى شـيخ من طفاوة قال: تثويت أبا هريرة بالمـدينة فقال: ألا أحدثك عنى وعـن رسول الله ﷺ؟ قال قلت: بلى: قـال. . . الحديث، وإسناده ضـعيف لجـهالة الشيخ الطـغاوى، ولكن للحديث شـواهد يتقـوى بها، فمنـها حديث أسـماء بنت يزيد، وأحـمد فى «مسنده» (٦/ ٤٥٦) من طريق حـفص السراج، قال: سـمعت شهـرًا يقول حدثتنى أسـماء بنت يزيد، وهذا سند ضعيف فـشهر بن حوشب سـيئ الحفظ، وحفص السراج قال الذهبـى فى «الميزان»: ليس بالقوى. وذكره الهيثـمى فى «المجمع» (٤/ ٢٩٤) قال: رواه أحمد والطبرانى وفـيه شهر بن حوشب، وحديثه حسن، وفيه ضعف، وأيضًا: حديث أبى سعيد الخدرى أخرجه ابن أبى شيبة (٣/ ٤٤٩) وقال المنذرى فى «التـرغيب» (٣/ ٨٦) وقال: رواه البـزار وله شواهد تقـويه. اهـ. وعند مسلم وغـيره من حديث أبى سـعيد «إن من أعظم الأمـانة عند الله يوم القيامـة الرجل يفضى إلى امرأته وتفـضى إليه ثم ينشر سرها» رواه مسلم وأبو داود، فالحديث بهذه الشواهد يرتقى إلى درجة الحسن إن شاء الله تعالى.

(٦)أخرجه ابن عساكـر من حديث قبيصة بن ذؤيب مرفوعًا به، قـاله السيوطى فى اللآلئ (٢/ ١٧١) وفيه زهير ابن محمد الخراسانى ضعيف، وانظر الإرواء (٨/ ٢٠٠).

الشهوة مثل مـا أتاك لكى لا تسبقها بالفراغ» قلت وذلك إلى؟ قال: «نعم إنك تقبلها وتغمزها وتلمزها فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل مـا جاءك واقعتها»(٧) فإن فرغ قبلهـا كره له النزع حتى تفـرغ لمـا روى عن أنس بن مـالك قـال: قـال رسـول الله ﷺ: «إذا جـامع الرجل أهله فليقصدها ثم إذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضى حاجتها»(٨) ولأن فى ذلك ضررًا عليها ومنعًا لها من قضاء شهـوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فـراغه فيتمسح بها فإن عائشة قالت: ينبغى للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخـذ خرقة، فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان فى ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة، ولا بأس أن يجمع بين نسائه وإمـائه بغسل واحـد لما روى عن أنس قال سكبت لـرسول الله ﷺ من نسائه غـسلاً واحدًا فى ليلة واحدة(٩)، فإن حدث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل إتمام الجماع، قال أحمد: إذا أراد أن يعود فأعجب إلىَّ الوضوء، فإن لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس، ولأن الوضوء يزيده نشاطًا ونظافة فـاستحب، وإن اغتسل بين كل وطأين فهـو أفضل، فإن أبا رافع روى أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه جمـيعًا فاغتسل عند كل امرأة منهن غـسلاً فقلت يا رسول

فكانت إجماعـًا، ولأنه لو لم يكن حقًا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحـدى زوجاته كالزيادة فى النفقة على قدر الواجب.

9- مسألة: (وإن كانت أمة فمن ثمان ليال ليلة).

هذا اختيار شيخنا، قال أصحابنا: من كل سـبع، لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر، ولهـا السابعة والأولى أولى ليكون على النصف مـما للحرة، فـإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان، ولو كان للأمة ليلة من سـبع لزاد على النصف، ولو لم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة، ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمـة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعًا، فمـاذا نصنع فى الليلة الثامنة؟ إن أوجبنا عليه مبيتهـا عند حرة فقد زادها على ما يجب

---

(٧) لم نجده بهذا اللفظ فى المصادر التى بين أيدينا والحـديث إسناده منقطع حيث ذكر المصنف فقال روى عن عمر بن عبد العزيز عن النبى ﷺ.

(٨) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ح١٠٤٦٨) من طريق ابن جريج، قال: حدثت عن أنس بن مالك إن النبى ﷺ قال: «إذا غـشى الرجل أهله فليصـدقها، فـإن قضى حاجـته ولم تقض حـاجتهـا فلا يعجلها، وقال الهيثمى فى المجمع (٤/ ٢٩٥): رواه أبو يعلى وفيه راو لم يسمَّ وبقية رجاله ثقات.

قلت: وابن جريج هو عبد الملك بن عبد العزيز وهو من الطبقة السادسة الذى لم يثبت له لقاء أحد من الصحابة فالحديث فيه راو لم يسمَّ وإسناده ضعيف.

(٩) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح٥٨٩) من حديث أنس بلفظ: «وضعت لرسول الله ﷺ غسلاً من جمـيع نسائه فى ليـلة» وإسناده صحيـح، وأخرجه البـخارى فى صـحيـحه من «كتـاب النكاح» (٩/ ح٥٢١٥/ فتح) ومسلم فى «الحيض» (١/ ٢٨/ ٢٤٩) من حـديث أنس بلفظ «كان يطوف على نسائه بغسل واحد».

الله لو جعلته غسلاً واحدًا؟ قال: «هذا أزكى وأطيب وأطهر»(١٠) رواه أحمد فى المسند، وروى أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص العكبرى، وروى ابن بطة بإسناده عن أبى سعيد قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة»(١١).

فصل: وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه فى مسكن واحد بغير رضاهما، صغيرًا كان أو كبيرًا لأن عليهما ضررًا لما بينهما من العداوة والغيرة واجتماعهما يثير المخاصمة والمقاتلة وتسمع كل واحد منهما حسه إذا أتى إلى الأخرى أو ترى ذلك، فإن رضيتا بذلك جاز لأن الحق لهما فلهما المسامحة بتركه، وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما فى لحاف واحد، وإن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز لأن فيه دناءه وسخفًا وسقوط مروءة فلم يبح برضاهما وإن أسكنهما فى دار واحدة كل واحدة فى بيت جاز إذا كان ذلك مسكن مثلها.

فصل: روى عن النبى ﷺ أنه قال: «أتعجبون من غيرة سعد؟ لأنا أغير منه والله أغير منى»(١٢) وعن على رضي الله عنه قال: بلغنى أن نساءكم ليزاحمن العلوج فى الأسواق، أما تغارون؟ إنه لا خير فيمن لا يغار(١٣)، وقال محمد بن على بن الحسين: كان إبراهيم عليه السلام غيورًا، وما من امرئ لا يغار إلا منكوس القلب.

لها، وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة ولا سبيل إليه، وعلى ما اختاره شيخنا تكون هذه الليلة الثامنة له إن أحب انفرد فيها وإن أحب بات عند الأولى مستأنفًا للقسم، وإن كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث من ثمان وله الانفراد فى خمس، وإن كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث ليلتان، وإن كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع، وعلى قول الأصحاب لها ليلة وله ست.

10- مسألة: (وله الانفراد بنفسه فيما بقى وقد ذكرناه لأنه قد وفاهن حقهن فلم تجب عليه زيادة كما لو وفاهن حقهن من النفقة والكسوة والسكن).

---

(١٠) أخرجه أبو داود فى «سننه» (١/ ح٢١٩) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح٥٩٠) وأحمد فى مسنده (٦/ ٩، ١٠) وإسناده حسن.

(١١) أخرجه مسلم فى «الحيض» (١/ ٢٧/ ٢٤٩) وأبو داود فى «سننه» (١/ ح٢٢٠) والترمذى فى «سننه» (١/ ح١٤١) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح٥٨٧) والنسائى فى «سننه» (١/ ح٢٦٢).

(١٢) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ص٢٣٠) معلقًا، ووصله فى كتاب «الحدود» (١٢/ ح٦٨٤٦) وفى كتاب «التوحيد» (١٣/ ح٧٤١٦) ومسلم فى كتاب «اللعان» (٢/ ١٧/ ١١٣٦) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٢٢٧) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٤٨).

(١٣) أخرجه عبد الله بن أحمد فى «زيادات المسند» (١١١٨) وإسناده صحيح، قاله أحمد شاكر. **العلوج:** جمع علج ـ بكسر أوله وسكون ثانيه وهو الرجل القوى الضخم من كفار العجم ويجمع أيضًا على أعلاج. **العلج:** السمين القوى والرجل من كفار العجم.

١٢٢٣- مسألة: قال أبو القاسم: **(وعلى الرجل أن يساوى بين زوجاته فى القسم)**.

لا نعلم بين أهل العلم فى وجوب التسوية بين الزوجات فى القسم خلافًا، وقد قال الله تعالى: ﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ (النساء: ١٩) وليس مع الميل معروف، وقال الله تعالى: ﴿**فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ**﴾ (النساء: ١٢٩) وروى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل»(١٤) وعن عائشة

11- مسألة: (وعليه أن يطأ فى كل أربعة أشهر مرة).

الوطء واجب على الرجل إذا لم يكن عذر، وبه قال مالك، وقال القاضى: لا يجب إلا أن يتركه للإضرار، وقال الشافعى: لا يجب عليه لأنه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه.

ولنا: ما تقدم فى المسألة المتقدمة فى أول الفصل ولأن فى بعض الروايات حديث كعب حين قضى بين الرجل وامرأته قال: إن لها عليك حقّا يا بعْل، تصيبها فى أربع لمن عدل فأعطها ذاك ودع عنك العلل، فاستحسن عمر قضاءه ورضيه، ولأنه حق يجب بالاتفاق إذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة، يحقق هذا أنه لو لم يكن واجبًا لم يصر باليمين على تركه واجبًا كسائر ما لا يجب، ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض إلى رفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى رفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون الوطء حقّا لهما جميعًا، ولأنه لو لم يكن لهما فيه حق لما وجب استئذانها فى العزل كالأمة.

فصل: ويجب فى كل أربعة أشهر مرة، نص عليه أحمد، ووجهه أن الله تعالى قدره بأربعة أشهر فى حق المولى، فكذلك فى حق غيره، لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على أنه واجب بدونها.

12- مسألة: (فإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن له عذر).

وجملة ذلك أنه إذا سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره ولذلك لا يفسخ نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد رحمه الله ذهب إلى توقيته بستة أشهر فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن

---

(١٤) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٣٣) وإسناده صحيح، والترمذى فى «سننه» (٣/ ١١٤١) والنسائى فى كتاب «عشرة النساء» (ص ٣٦) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٦٩) وفيه لفظ «ساقط» بدلاً من «حائل» والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٢٠٦) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٩٥، ٣٤٧، ٤٧١) (٦/ ١٤٤) وأبو داود والطيالسى فى «مسنده» (٢٤٥٤) وابن حبان فى صحيحه كما فى «الإحسان» (٦/ ٢٠٤/ ٤١٩٤) والحاكم فى «مستدركه» (٢/ ١٨٦) وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبى، والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٩٧) وفى «شعب الإيمان» (٣/ ٨٦) وإسناده صحيح.

قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ثم يقول: «اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما لا أملك»(١٥) رواهما أبو داود.

إذا ثبت هذا: فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدئ بواحدة منهن إلا بقرعة، لأن البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة، ولأنهن متساويات فى الحق، ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير إلى القرعة كما لو أراد السفر بإحداهن، فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير فى الليلة الثانية إلى الثانية بغير قرعة لأن حقها متعين، وإن كن ثلاثًا أقرع فى الليلة الثانية للبداية بإحدى الباقيتين، وإن كن أربعًا أقرع فى الليلة الثالثة ويصير فى الليلة الرابعة بغير قرعة، ولو أقرع فى الليلة الأولى فجعل سهمًا للأولى وسهمًا للثانية وسهمًا للثالثة وسهمًا للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز لكل واحدة ما خرج لها.

زوجته؟ قال: ستة أشهر يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما وإنما صار إلى تقديره بهذا الحديث عمر، رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم قال: بينما عمر بن الخطاب يحرس بالمدينة فمر بامرأة وهى تقول:

تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ واسْوَدَّ جَانِبُه ... وَطَالَ على أنْ لا خَلِيلَ أُلاعِبُه
وَواللهِ لَولا خَشْيَةُ اللهِ وحدَه ... لَحُرِّكَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوانِبُه

فسأل عنهما عمر فقيل له: هذه فلانة زوجها غائب فى سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلى عن هذا؟ فقال: لولا أنى أريد النظر للمسلمين ما سألتك، قالت: خمسة أشهر أو ستة أشهر فوقَّت للناس فى مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرًا ويقيمون أربعة ويسيرون شهرًا راجعين، وسئل أحمد كم للرجل يغيب عن أهله؟ قال: يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له.

13- مسألة: (فإن أتى شيئًا من ذلك ولم يكن ثم عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما).

قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غدا أدخل بها إلى شهر يجبر على الدخول؟ قال: أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما فجعله

---

(١٥) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٣٤) وأخرجه أيضًا الترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٤٠) والنسائى فى «سننه» (ص ٣٦) من كتاب «عشرة النساء» وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٧١) والدارمى (٢/ ح٢٢٠٧) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ١٢٤) وابن حبان كما فى «الإحسان» (٦/ ٢٠٣) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٨٧) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٩٨) وإسناده ضعيف، قال النسائى أرسله حماد بن زيد، وقال أبو عيسى: هكذا رواه غير واحد عن حماد بن سلمة عن أيوب عن أبى قلابة عن عبد الله بن يزيد عن عائشة أن النبى ﷺ ورواه حماد بن زيد وغير واحد عن أيوب عن أبى قلابة مرسلاً: أن النبى ﷺ كان يقسم، وهذا أصح من حديث حماد بن سلمة، وانظر الإرواء (٢٠١٨).

فصل: ويقسم المريض والمجبوب والعنين والخنثى والخصي، وبذلك قال الثورى والشافعي وأصحاب الرأى لأن القسم للأنس وذلك حاصل ممن لا يطأ، وقد روت عائشة أن رسول الله ﷺ لما كان فى مرضه جعل يدور فى نسائه ويقول أين أنا غدًا؟ أين أنا غدًا؟» رواه البخارى[١٦]، فإن شق عليه ذلك استأذنهن فى الكون عند إحداهن كما فعل النبى ﷺ، قالت عائشة إن رسول الله ﷺ بعث إلى النساء فاجتمعن قال: «إنى لا أستطيع أن أدور بينكن فإن رأيتن أن تأذن لى فأكون عند عائشة فعلتن» فأذن له، رواه أبو داود[١٧]، فإن لم يأذن له أقام عند إحداهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعًا إن أحب، فإن كان الزوج مجنونًا لا

أحمد كالمولى، وقال أبو بكر بن جعفر: لم يرو مسألة ابن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه لو ضربت له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر ولا خلاف فى اعتباره، وقال بعض أصحابنا إن غاب أكثر من ذلك لغير عذر يراسله الحاكم فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه، وروى ذلك عن أحمد، ومن قال لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى، وفى جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه، وعن أحمد ما يدل على أن الوطء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب لأنه حق له فلم يجبر عليه كسائر حقوقه وهذا مذهب والأول أولى لما ذكرناه.

فصل: سئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتى أهله وليس له شهوة؟ قال: له إى والله يحتسب الولد فإن لم يرد الولد يقول هذه المرأة شابة، لم لا يؤجر؟ وهذا صحيح، وإن أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال: «مباضعتك أهلك صدقة» قلت: يا رسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر؟ قال: «أرأيت لو وضعه فى غير حقه؟ ما كان عليه وزر؟» قال: بلى، قال: «أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير؟» ولأنه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو إلى بعض ذلك.

14- مسألة: (ويستحب أن يقول عند الجماع باسم الله اللهم جنبنى الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنى).

لقول الله تعالى: ﴿وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ﴾ قال عطاء: هى التسمية عند الجماع، وروى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لو أن أحدكم حين يأتى أهله قال باسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدًا» متفق عليه[2].

---

(١٦) أخرجه البخارى فى كتاب «فضائل الصحابة» (٧/ ح٣٧٧٤/ فتح).
(١٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٣٧) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢١٩) وإسناده صحيح.
(2) أخرجه مسلم فى «النكاح» (٢/ ١١٦/ ١٠٥٨)، وأبو داود فى «السنن» (٢/ ح٢١٦١).

يخاف منه طاف به الولى عليهن، وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه، لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة، وإن لم يعدل الولى فى القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضى للمظلومة، لأنه حق ثبت فى ذمته فلزمه إيفاؤه حال الإفاقة كالمال.

فصل: ويُقْسَمُ للمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والمُحْرِمة والصغيرة الممكن وطؤها، وكلهن سواء فى القسم، وبذلك قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، وكذلك التى ظاهر منها، لأن القصد الإيواء والسكن والأنس وهو حاصل لهن، وأما المجنونة فإن كانت لا يخاف منها فهى كالصحيحة وإن خاف منها فلا قسم لها لأنه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها.

فصل: ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين» رواه ابن ماجه، وعن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراهما أحد أو يسمع حسهما ولا يقبلها ويباشرها عند الناس قال أحمد: ما يعجبنى إلا أن يكتم هذا كله، وقال أحمد فى الذى يجامع المرأة والأخرى تسمع قال: كانوا يكرهون الوجس - وهو الصوت الخفى - ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روى عن الحسن قال: جلس رسول الله ﷺ بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال فقال: «لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله إذا خلا - ثم أقبل على النساء - فقال: لعل إحداكن تحدث بما يصنع بها زوجها - قال: فقالت امرأة: إنهم ليفعلون وإنا لنفعل فقال: لا تفعلوا فإنما مثلكم كمثل الشيطان لقى شيطانة فجامعها والناس ينظرون» وروى أبو داود عن أبى هريرة عن النبى ﷺ مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لأن عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك.

15- مسألة: (ولا يكثر الكلام حال الوطء).

لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فإن منه يكون الخرس والفأفاء ولأنه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع فى معناه ويستحب أن يلاعب امرأته عند الجماع لتنهض شهوتها لتنال من لذة الجماع مثل ما ناله، وقد روى عمر ابن عبد العزيز عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تواقعها إلا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالفراغ» قلت: وذلك إلى؟ قال: «نعم، إنك تقبلها وتغمزها وتلمسها فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتها».

16- مسألة: (ولا ينزع إذا فرغ قبلها حتى تفرغ).

لما روى أنس قال: قال رسول الله ﷺ «إذا جامع الرجل أهله فليقصدها ثم إذا قضى الرجل حاجته فلا يعجلها حتى تقضى حاجتها» ولأن فى ذلك ضرراً عليها ومنعًا لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه يتمسح بها فإن عائشة قالت:

فصل: ويجب قسم الابتداء، ومعناه أنه إذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ما لم يكن عذر، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع، وبه قال الثورى وأبو ثور، وقال القاضى فى المجرد لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مصرّاً فإن تركه غير مُصِرٍّ لم يلزمه قسم ولا وطء لأن أحمد قال: إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنينًا، أى لا يؤجل، وقال الشافعى: لا يجب قسم الابتداء بحال لأن القسم لحقه فلم يجب عليه.

ولنا: قول النبى ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص: «يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟» قلت بلى يا رسول الله، قال: «فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقّا، وإن لعينك عليك حقّا وإن لزوجك عليك حقّا» متفق عليه (١٨)، فأخبر أن للمرأة عليه حقّا، وقد اشتهرت قصة كعب بن سوار رواهما عمر بن شبة فى كتاب «قضاة

ينبغى للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان فى ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة.

17- مسألة: (ولا بأس أن يجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد).

لما روى أنس قال: سكبت لرسول الله ﷺ فاغتسل من نسائه غسلاً واحدًا فى ليلة واحدة، ولأن حدث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل إتمام الجماع ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء، نص عليه أحمد قال: فإن لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولأن الوضوء يزيده نظافة ونشاطة فاستحب وإن اغتسل بين كل وطئين فهو أفضل، فإن أبا رافع روى أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه جميعًا فاغتسل عند كل امرأة غسلاً فقلت: يا رسول الله لو جعلته غسلاً واحدًا قال: هذا أزكى وأطيب وأطهر رواه الإمام أحمد فى المسند وروى هذه الأحاديث التى فى آداب الجماع كلها أبو حفص العكبرى وروى ابن بطة بإسناده عن أبى سعيد قال: قال رسول الله ﷺ «إذا جامع الرجل من أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة».

فصل: وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه فى مسكن واحد إلا برضاهما، صغيرًا كان المسكن أو كبيرًا، لأن عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة فاجتماعهما يثير الخصومة والمقابلة وتسمع كل واحدة منهما حسه إذا أتى الأخرى أو ترى ذلك فإن رضيا بذلك جاز، لأن الحق لهما فلهما المسامحة بتركه وكذلك إن رضيا بنومه بينهما فى لحاف واحد فإن رضيا بأن يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى لم يجز، لأن فيه دناءة وسخفًا وسقوط مروءة فلم يجز برضاهما وإن أسكنهما فى دار واحدة كل واحدة منهما فى بيت جاز إذا كان ذلك سكن مثلهما.

---

(١٨) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥١٩٩/ فتح) ومسلم فى كتاب «الصيام» (٢/ ١٨١/ ٨١٢، ٨١٣) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٤٢٧).

البصرة» من وجوه إحداهن عن الشعبى أن كعب بن سور كان جالسًا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجى، والله إنه ليبيت ليله قائمًا ويظل نهاره صائمًا، فاستغفر لها وأثنى عليها، واستحيت المرأة وقامت راجعة، فقال كعب: يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها؟ فقال: وما ذاك؟ فقال: إنها جاءت تشكوه، إذا كانت حالُه هذه فى العبادة متى يتفرغ لها؟ فبعث عمر إلى زوجها[(١٩)] فجاء، فقال لكعب: اقض بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم، قال: فإنى أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هى رابعتهن فأقضى له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة، فقال عمر: والله ما رأيك الأول بأعجب إلىَّ من الآخر، اذهب فأنت قاضٍ على أهل البصرة، وفى رواية فقال عمر: نعم القاضى أنت[(٢٠)]، وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت إجماعًا، ولأنه لو لم

18- مسألة: (ولا يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى أو غيرهما، لأن فيه دناءة ولا يحدثها بما جرى بينهما ولا يحدث غيرها لما روى من حديث الحسن).

فصل: روى عن النبى ﷺ أنه قال: «تعجبون من سعد لأنا أغير منه والله أغير منى» وعن على رضي الله عنه قال بلغنى أن نساءكم يزاحمن العلوج فى الأسواق، أما تغارون؟ إنه لا خير فيمن لا يغار، وقال محمد بن على بن الحسين: كان إبراهيم عليه السلام غيورًا، وما من امرئ لا يغار إلا منكوس القلب.

19- مسألة: (وله منعها من الخروج من منزلها إلى ما لها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما).

قال أحمد فى امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها، وقد روى ابن بطة فى أحكام النساء عن أنس أن رجلاً سافر ومنع زوجته الخروج فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ فى عيادة أبيها فقال لها رسول الله ﷺ: «اتقى الله لا تخالفى زوجك» فأوحى الله إلى النبى ﷺ «أنى قد غفرت لها بطاعة زوجها» ولأن طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة فلا يجوز ترك واجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج إلا بإذنه».

20- مسألة: (فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها فى الخروج إليه).

---

(١٩)سقط من المطبوعة وأثبتناه من نسخه «هـ».

(٢٠)أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ح١٢٥٨٦/ ١٤٨) وابن سعد فى «الطبقات» (٧/ ٩٢) من رواية الشعبى، ورواه ابن حجر فى «الإصابة» (٥/ ٣٢٢) وإسناده صحيح. وهو كعب بن سوار بن بكر بن عبد الله بن ثعلبة بن سليم بن زهل، ولاه عمر قضاء البصرة سعيد بن أبى مريم وقال البخارى: نقل يوم الجمل، وقال ابن حبان: هو أول بالبصرة.اهـ. باختصار من «الإصابة».

يكن حقًّا لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة وامتناعه بالإيلاء، ولأنه لو لم يكن حقًّا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به كالزيادة فى النفقة على قدر الواجب، إذا ثبت هذا فقال أصحابنا حق المرأة ليلة من كل أربع وللأمة ليلة من كل سبع لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة.

والذى يقوى عندى أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحرة فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان ليس لها أكثر من ذلك، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة، ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعًا فماذا يصنع فى الليلة الثامنة؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد زادها على ما يجب لها، وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة ولا سبيل إليه، وعلى ما اخترن تكون هذه الليلة الثامنة له، إن أحب انفرد فيها وإن أحب بات عند الأولى مستأنفًا

لما فى ذلك من صلة الرحم وفى منعها منه قطيعة الرحم وحمل لزوجته على مخالفته وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف، فإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الكنيسة، ولأن ذلك ليس بطاعة ولا نفع، فإن كانت مسلمة فقال القاضى: له منعها من الخروج إلى المساجد، وهو مذهب الشافعى، وظاهر الحديث منعه من منعها وهو قوله ﷺ: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله» وروى أن ابن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل فكانت تخرج إلى المساجد، وكان غيورًا فيقول لها لو صليت فى بيتك، فتقول لا أزال أخرج أو تمنعنى، فكره منعها لهذا، وقال أحمد فى الرجل تكون له المرأة والأمة النصرانية يشترى لها زنارًا قال: لا، بل تخرج هى تشترى لنفسها، فقيل له جاريته تعمل الزنانير؟ قال: لا.

فصل: وليس على المرأة خدمة زوجها فى العجن والخبز والطبخ وأشباهه، نص عليه أحمد وقال أبو بكر بن أبى شيبة وأبو إسحاق الجوزجانى عليها ذلك واحتجا بقصة على وفاطمة فإن النبى ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علىٍّ ما كان خارجا من البيت من عمل، رواه الجوزجانى من طرق، وقال الجوزجانى وقد قال النبى ﷺ: «لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل» ورواه بإسناده، قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه؟ وقد كان النبى ﷺ يأمر نساءه بخدمته فقال: «يا عائشة اسقينا يا عائشة أطعمينا يا عائشة هلمى الشفرة واشحذيها بحجر» وروى أن فاطمة أتت رسول الله ﷺ فشكت إليه ما تلقى من الرحى وسألته خادمًا يكفيها ذلك.

ولنا: أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقى دوابه وحصاد زرعه،

للقسم، وإن كان عنده حـرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمـان وله الانفراد فى خمس، وإن كان تحته حرتان وأمة فلهن خـمس وله ثلاث وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست وله اثنتان وإن كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع، وعلى قولهم لها ليلة وله ست.

فـصل: والوطء واجب على الرجـل إذا لم يكن له عـذر، وبه قال مـالك، وعلى قول القاضى: لا يجـب إلا أن يتركه للإضـرار، وقال الشـافعى: لا يجب عليـه، لأنه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه.

ولنا ما تقدم فى الفـصل الذى قبله، وفى بعض روايات حديث كعب أنـه حين قضى بين الرجل وامرأته قال:

* إن لهــا عليك حــقّــا يا بعل *

* تصـيبـهـا فى أربع لمن عـدل *

* فـأعطهـا ذاك ودع عـنك العلل *

فاستـحسن عمر قضـاءه ورضيه، ولأنه حق واجب بالإنفاق وإذا حلف على تركـه فيجب

فأما قسم النبى ﷺ بين على وفاطمة فعلى ما يليق بها من الأخلاق المرضية ومجرى العادة لا على سبـيل الإيجاب كما قـد روى عن أسماء بنت أبى بكر أنهـا كانت تقوم بغـرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجـبًا عليها وكذلك لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ولكن الأولى فعل ما جرت به العادة بقيامها به، لأنه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه.

21- مسألة: (ولا تملك المرأة إجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها).

أما إذا فعلت ذلك جاز ولزم العقد، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما وإن كان بغير إذنه لم يصح لما يتضـمن من تفويت حق زوجها وهو أحـد الوجهين لأصحاب الشـافعى ويجوز فى الآخر لأنه تناول محلاً غير محل النكاح لكن للزوج فسخه، لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل.

ولنا: أنه عقد يفوت به حـق من ينسب له الحق بعقد سابق فلم يصح كإجارة المـستأجر فأما إن أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح العقد ولم يملك الزوج فسخ الإجارة ولا منعها من الرضاع حتى تنقضى ٱلمدة، لأن منافعهـا ملكت بالعقد السابق على نكاحه فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة ودارًا مشغولة، فإن نام الصبى واشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولى الصبى منعـها وبهذا قـال الشافعى، وقال مـالك: ليس له وطؤها إلا برضى الولى، لأن ذلك ينقص اللبن.

ولنا: أن وطء الزوج مستحق بالعـقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كـما لو أذن فيه الولى، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولى فجاز مع عدمه، لأنه لـيس للولى الإذن فيما يضر بالصبى ويسقط حقوقه.

قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة، يحقق هذا أنه لو لم يكن واجبًا لم يصر باليمين على تركه واجبًا كسائر ما لا يجب ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون النكاح حقًا لهما جميعًا، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها فى العزل كالأمة.

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر نص عليه أحمد ووجهه أن الله تعالى قدره بأربعة أشهر فى حق المولى فكذلك فى حق غيره، لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على أنه واجب بدونها فإن أصر على ترك الوطء وطالبت المرأة فقد روى ابن منصور عن أحمد فى رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول: غدًا أدخل بها غدًا أدخل بها إلى شهر هل

22- **مسألة:** (وله أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه).

وجملته أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها، لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع فى كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع فى بعض الأوقات فكان له المنع كالخروج من منزله فإن اضطر الولد إليها بأن لا يوجد مرضعة سواها ولا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من إرضاعه، لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته.

فصل: فإن أرادت رضاع ولدها منه ففيه وجهان: **أحدهما:** أن له منعها من رضاعه ولفظ شيخنا فى هذا الكتاب يقتضيه بعموم لفظه، وهو قول الشافعى، ولفظ الخرقى يقتضيه أيضًا، لأنه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره، وهذا ظاهر كلام القاضى، **والثانى:** ليس له منعها ويحتمله كلام الخرقى فإنه قال: فإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهى أحق به من غيرها سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة، وهكذا ذكره شيخنا فى كتاب نفقة الأقارب فى الكتاب المشروح لقول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ وهو خبر يراد به الأمر وهو عام فى كل واحدة ولا يصح من أصحاب الشافعى حمله على المطلقات، لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجرًا لرضاع ولا غيره، وقولنا فى الوجه الأول: إنه يخل باستمتاعه قلنا لإيفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعًا كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد فى كونه مع أمه وحق الأم فى الجمع بينها وبين ولدها، وهذا ظاهر كلام ابن أبى موسى.

فصل: فى القسم الأول قال ﷺ: **(وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه فى القسم الأول).**

لا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى وجوب التسوية بين الزوجات فى القسم قال الله تعالى:

يجبر على الدخول؟ فقال: أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولى.

وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسألة ابن منصور غيره وفيها نظر، وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر ولا خلاف فى اعتباره.

فصل: وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء، وإن طال سفره ولذلك لا يصح[٢١] نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع

﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ (النساء: ١٩) وليس مع الميل معروف، وقال سبحانه: ﴿**فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ**﴾ (النساء: ١٢٩) وروى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل» وعن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ثم يقول: «اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما لا أملك» رواهما أبو داود.

23- مسألة: (وعماد القسم الليل إلا لمن معيشته بالليل كالحارس).

ولا خلاف فى هذا، وذلك لأن الليل للسكن والإيواء يأوى فيه الإنسان إلى منزله ويسكن إلى أهله وينام فى فراشه مع زوجته عادة والنهار للمعاش والخروج والكسب والاشتغال، قال الله تعالى: ﴿**وَجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا**﴾ (الأنعام: ٩٦) وقال سبحانه: ﴿**وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا (١٠) وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا**﴾ (النبأ: ١٠، ١١) وقال تعالى: ﴿**وَمِن رَّحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِن فَضْلِهِ**﴾ (القصص: ٧٣).

فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة ليلة ويكون فى النهار فى معاشه فيما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحارس ومن أشبهه فإنه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل فى حقه كالنهار فى حق غيره.

فصل: والنهار يدخل فى القسم تبعًا لليل بدليل ما روى أن سودة وهبت يومها لعائشة، متفق عليه، وقالت عائشة: قُبض رسول الله ﷺ فى بيتى فى يومى، وإنما قبض ﷺ نهارًا ويتبع اليوم الليلة الماضية، لأن النهار تابع لليل، ولهذا يكون أول الشهر الليل، ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذى قبله ويخرج منه بعد غروب آخر يوم منه فيبدأ بالليل، وإن أحب أن يجعل النهار مضافًا إلى الليل الذى يعقبه جاز، لأن ذلك لا يتفاوت.

24- مسألة: (وليس له البداءة بإحداهن ولا السفر إلا بقرعة).

متى كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدئ بواحدة منهن إلا بقرعة، لأن البداءة بها تفضيل

---

(٢١) فى نسخة: يفسخ.

فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر، فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال ستة أشهر يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما، وإنما صار إلى تقديره بهذا لحديث عمر رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم قال: بينا عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسودَّ جانبه وطال عليَّ أن لا خليلَ ألاعبُهْ
ووالله لولا خشيةُ الله وحده لحُرِّكَ من هذا السرير جوانبُهْ

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت: خمسة أشهر ستة أشهر، فوقَّت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون

لها والتسوية واجبة، ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير إلى القرعة، لأن النبي ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فمن خرجت لها القرعة خرج بها معه، متفق عليه، فالقرعة في السفر منصوص عليها وابتداء القسم مقيس عليه.

25- مسألة: (إذا بات عندها بقرعة أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية).

لتعين حقها، فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية إلى الثانية بغير قرعة، لأن حقها متعين، فإن كن ثلاثًا أقرع في الليلة الثانية للبداءة بإحدى الباقيتين، فإن كن أربعًا أقرع في الليلة الثالثة ويصير في الليلة الرابعة إلى الرابعة بغير قرعة، ولو أقرع في الليلة الأولى فجعل سهمًا للأولى وسهمًا للثانية وسهمًا للثالثة وسهمًا للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكانت لكل واحدة ما خرج لها.

مسألة: (وليس عليه التسوية بينهن في الوطء بل يستحب).

ولا نعلم خلافًا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع، وهو مذهب الشافعي، وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك فإن قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الأخرى، قال الله تعالى: ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ**﴾ (النساء: ١٢٩) قال عبيدة السلماني في الحب والجماع وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى، فإنه أبلغ في العدل، وقد كان النبي ﷺ يقسم بينهن فيعدل ثم يقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك» وروى أنه كان يسوى بينهن حتى في القبلة ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبلة واللمس ونحوهما، لأنه إذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى.

فصل: وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة إذا قام بالواجب لكل واحدة منهن، قال أحمد في الرجل له امرأتان له أن يفضل إحداهما على الأخرى في النفقة

أربعة ويسيرون شهرًا راجعين [٢٢]، وسئل أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله؟ قال: يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر فقال بعض أصحابنا: يراسله الحاكم فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه، ومن قال: لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى وفى جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم لأنه مختلف فيه.

فصل: وسئل أحمد: يؤجر الرجل أن يأتى أهله وليس له شهوة؟ فقال: إى والله يحتسب الولد، وإن لم يرد الولد يقول هذه امرأة شابة، لِمَ لا يؤجر؟ وهذا صحيح فإن أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال: «مباضعتك أهلك صدقة» قلت يا رسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر؟ قال: «أرأيت لو وضعه فى غير حقه كان عليه وزر؟» قال قلت بلى قال: «أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير» [٢٣] ولأنه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو إلى بعض ذلك.

والشهوات والسكنى إذا كانت الأخرى فى كفاية ويشترى لهذه أرفع من ثوب هذه وتكون تلك فى كفاية وهذه لأن التسوية فى هذا كله تشق فلو وجبت لم يمكنه القيام بها إلا بحرج فسقط وجوبها كالتسوية فى الوطء.

27- مسألة: (ويقسم لزوجته الأمة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية).

وبهذا قال على بن أبى طالب وسعيد بن المسيب ومسروق والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثورى والأوزاعى وأهل الرأى، وقال مالك فى إحدى الروايتين عنه: يسوى بين الحرة والأمة فى القسم لأنهما سواء فى حقوق النكاح من النفقة والسكنى وقسم الابتداء فكذلك هذا.

ولنا: ما روى عن على ﷺ أنه كان يقول إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين، رواه الدارقطنى واحتج به أحمد، ولأن الحرة يجب تسليمها ليلاً ونهاراً فكان حظها الإيواء ويخالف النفقة والسكنى فإنه مقدر بالحاجة، وحاجتها كحاجة الحرة وأما قسم الابتداء فإنما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ولا يختلفان فى ذلك وفى مسألتنا يقسم لهما ليتساوى حظهما.

فصل: والمسلمة والكتابية سواء فى القسم، فلو كان له امرأتان أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانتا جميعًا حرتين فليلة وليلة، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء، كذلك قال سعيد بن

(٢٢) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٢٤٦٣/ ١٧٤) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٩/ ٢٩).

(٢٣) أخرجه مسلم فى كتاب «الزكاة» (٢/ ٥٣/ ٦٩٧، ٦٩٨) من حديث طويل وفيه «وفى بضع أحدكم صدقة»... الحديث.

فصل: وليس عليه التسوية بين نسائه فى النفقة والكسوة إذا قام بالواجب لكل واحدة منهن، قال أحمد فى الرجل له امرأتان: له أن يفضل إحداهما على الأخرى فى النفقة والشهوات والكسى إذا كانت الأخرى فى كفاية ويشترى لهذه أرفع من ثوب هذه وتكون تلك فى كفاية، وهذا لأن التسوية فى هذا كله تشق فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بحرج فسقط وجوبه كالتسوية فى الوطء.

١٢٢٤- **مسألة:** قال: (وعماد القسم الليل).

لا خلاف فى هذا وذلك لأن الليل للسكن والإيواء يأوى فيه الإنسان إلى منزله ويسكن إلى أهله وينام فى فراشه مع زوجته عادة، والنهار للمعاش والخروج والتكسب والاشتغال، قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا﴾ (الأنعام: ٩٦) وقال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا (١٠) وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا﴾ (النبأ: ١٠، ١١) وقال: ﴿وَمِن رَّحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِن فَضْلِهِ﴾ (القصص: ٧٣) فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ويكون فى النهار فى معاشه

المسيب والحسن والشعبى والنخعى والزهرى والحكم وحماد ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسلمة والكتابية كالنفقة والسكنى، ويفارق الأمة لأن الأمة لا يتم تسليمها ولا يحتمل لها الإيواء التام بخلاف الكتابية.

فصل: فإن أعتقت الأمة فى ابتداء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى لتساوى الحرة، وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويًا ولم يقض لها ما مضى، لأن الحرية حصلت لها بعد استيفاء حقها وإن عتقت قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لأنهما تساويا فسوى بينهما.

فصل: والحق فى القسم للأمة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها كالحرة وليس لسيدها الاعتراض عليها ولا أن يهبه دونها لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها فملكت إسقاطه، وذكر القاضى أن قياس قول أحمد أنه يستأذن سيد الأمة فى العزل عنها أن لا يجوز هبتها لحقها من القسم إلا بإذنه، وهذا لا يصح لأن الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للمولى فيه حق ولأن المطالبة بالفيئة للأمة دون سيدها وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها فلا وجه لإثبات الحق له ههنا.

فصل: ويقسم المريض والمجبوب والعنين والخصى، وبذلك قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى لأن القسم للأنس وذلك حاصل ممن لا توطأ وقد روت عائشة أن رسول الله ﷺ لما كان فى مرضه جعل يدور على نسائه ويقول: «أين أنا غدًا أين أنا غدًا» رواه البخارى، فإن شق عليه ذلك استأذنهن فى الكون عند إحداهن كما فعل النبى ﷺ، قالت عائشة: إن رسول الله ﷺ بعث إلى النساء فاجتمعن قال: «إنى لا أستطيع أن أدور بينكن فإن رأيتن أن تأذنَّ لى فأكون عند عائشة فعلتنَّ» فأذنَّ له، رواه أبو داود، فإن لم يأذن له أقام

وقضاء حقوق الناس وما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحراسى ومن أشبههم فإنه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل فى حقه كالنهار فى حق غيره.

فصل: والنهار يدخل فى القسم تبعًا لليل، بدليل ما روى أن سودة وهبت يومها لعائشة، متفق عليه(٢٤)، وقالت عائشة: «قبض رسول الله ﷺ فى بيتى وفى يومى»(٢٥) وإنما قبض النبى ﷺ نهارًا ويتبع اليوم الليلة الماضية، ولأن النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل، ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذى قبله، ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل، وإن أحب أن يجعل النهار مضافًا إلى الليل الذى يتعقبه جاز، لأن ذلك لا يتفاوت.

فصل: فإن خرج من عند بعض نسائه فى زمانها، فإن كان ذلك فى النهار أو الليل أو آخره الذى جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلاة، جاز، فإن المسلمين يخرجون

عند إحداهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعًا إن أحب، فإن كان الزوج مجنونًا لا يخاف منه طاف به الولى عليهن وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة فإن لم يعدل الولى فى القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضى للمظلومة لأنه حق ثبت فى ذمته فلزمه إيفاؤه حال الإفاقة كالمال.

28- مسألة: (ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن سواء فى القسم).

وبذلك قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وكذلك التى ظاهر منها لأن القصد الإيواء والسكن والأنس وهو حاصل لهن، فأما المجنونة فإن كانت لا يخاف منها فهى كالعاقلة، وإن خاف منها فلا قسم لها لأنه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها.

29- مسألة: (فإن دخل فى ليلتها إلى غيرها لم يجز إلا لحاجة داعية فإن لم يلبث لم يقض وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضى لها ذلك من حق الأخرى).

وجملة ذلك أنه إذا دخل فى زمنها إلى ضرتها فإن كان ليلاً لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولاً بها فيريد أن يحضرها أو توصى إليه أو ما لا بد منه فإن فعل ولم يلبث أن خرج لم يقض وإن أقام وبرأت المرأة المريضة قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها، وإن دخل لحاجة غير ضرورية أثم والحكم فى القضاء كما لو دخل لضرورة لأنه لا فائدة فى قضاء

---

(٢٤) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٦/ ح٥٢١٢) ومسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٤٧/ ١٠٨٥) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٣٥) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ١١٧).

(٢٥) أخرجه البخارى فى «فرض الخمس» (٦/ ح٣١٠٠/ فتح) والبيهقى فى «السنن» (٧/ ١٣٧) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٤٨).

لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه، وأما النهار فهو للمعاش والانتشار، وإن خرج فى غير ذلك ولم يلبث أن عاد، لم يقض لها لأنه لا فائدة فى قضاء ذلك، وإن أقام قضاه لها، سواء كانت إقامته لعذر من شغل أو حبس، أو لغير عذر، لأن حقها قد فات بغيبته عنها، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه جاز، لأن التسوية تحصل بذلك، ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها فى حق كل واحدة منهما، فبعضها أولى ويستحب أن يقضى لها فى مثل ذلك الوقت لأنه أبلغ فى المماثلة، والقضاء تعتبر المماثلة فيه كقضاء العبادات والحقوق، وإن قضاه فى غيره من الليل مثل: أن فاتها فى أول الليل، فقضاه فى آخره، أو من آخره فقضاه فى أوله ففيه وجهان: **أحدهما**: يجوز، لأنه قد قضى قدر ما فاته من الليل، **والآخر**: لا يجوز لعدم المماثلة، إذا ثبت هذا فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى لئلا يفوت حق الأخرى فتحتاج إلى قضاء، ولكن إما أن ينفرد بنفسه فى ليلة

اليسير، وإن دخل عليها فجامعها فى الزمن اليسير ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يلزمه قضاؤه لأن الوطء لا يستحق فى القسم والزمن اليسير لا يقضى، **والثانى**: يلزمه أن يقضيه وهو أن يدخل على المظلومة فى ليلة المجامعة فيجامعها ليعدل بينهما وهذا هو الصحيح لأن اليسير مع الجماع أشق على ضرتها وأغبط لها من الكثير من غير جماع فكان وجوب قضائه أولى، فأما الدخول إلى المرأة فى يوم غيرها فى النهار فيجوز للحاجة من دفع النفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها فيجوز لذلك ولما روت عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يدخل على فى يوم غيرى فينال منى كل شىء إلا الجماع، وإذا دخل عليها لم يجامعها ولم يطل عندها لأن السكن يحصل بذلك وهى لا تستحقه، وفى الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان: **أحدهما**: يجوز لحديث عائشة، **والثانى**: لا يجوز لأنه يحصل به السكن فأشبه الجماع فإن أطال المقام عندها قضاه وإن جامعها فى الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرناه ومذهب الشافعى على نحو ما ذكرنا إلا أنه لا يقضى إذا جامع فى النهار.

ولنا: أنه زمن يقضيه إذا طال المقام فيقضيه إذا جامع كالليل.

فصل: فإن خرج من عند بعض نسائه فى زمانها فإن كان فى النهار أو أول الليل أو آخره الذى جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلاة جاز فإن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه، وأما النهار فهو للمعاش والانتشار، وإن خرج فى غير ذلك ولم يلبث أن عاد لم يقضى لها لأنه لا فائدة فى قضاء ذلك وإن أقام قضاه لها سواء كانت أقامته لعذر من شغل أو حبس أو لغير عذر، لأن حقها قد فات بغيبته عنها، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه جاز، لأن التسوية تحصل بذلك ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها فى حق كل واحدة منهما فبعضها أولى، ويستحب أن يقضى لها فى مثل ذلك الوقت، لأنه أبلغ فى المماثلة والقضاء يعتبر فيه المماثلة كقضاء

فيقضى منها، وإما أن يقسم ليلة بينهن، ويفضل هذه بقدر ما فات من حقها، وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه، وإما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين، فيقضى لها من ليلة الأخرى ساعة واحدة، فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة.

فصل: وأما الدخول على ضرتها فى زمنها، فإن كان ليلاً لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولاً بها، فيريد أن يحضرها، أو توصى إليه، أو ما لا بد منه، فإن فعل ذلك ولم يلبث أن خرج لم يقض، وإن أقام وبرئت المرأة المريضة، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها، وإن خرج لحاجة غير ضرورية أتم والحكم فى القضاء، كما لو دخل لضرورة «إن لم يلبث أن خرج لم يقض»[٢٦] لأنه لا فائدة فى قضاء اليسير، وإن دخل عليها فجامعها فى زمن يسير، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه قضاؤه، لأن الوطء لا يستحق فى القسم، والزمن اليسير لا يقضى.

والثانى: يلزمه أن يقضيه، وهو أن يدخل على المظلومة فى ليلة المجامعة، فيجامعها ليعدل بينهما، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن، فأشبه الكثير، وأما الدخول فى النهار إلى المرأة فى يوم غيرها، فيجوز للحاجة من دفع النفقة، أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها ونحو ذلك، لما روت عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يدخل على فى يوم غيرى فينال منى كل شىء إلا الجماع[٢٧]، وإذا دخل إليها لم

العبادات والحقوق، وإن قضاه من غيره من الليل مثل أن فاته فى أول الليل فقضاه فى آخره أو بالعكس جاز فى أحد الوجهين لأنه قد قضى بقدر ما فاته من الليل والآخر لا يجوز لعدم المماثلة، إذا ثبت هذا فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى لئلا يفوت حق الأخرى فيحتاج إلى قضاءه، ولكن إما أن ينفرد بنفسه فى ليلة فيقضى منها وإما أن يقسم ليلة بينهن ويفضل هذه بقدر ما فات من حقها وله أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه، وأما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين فيقضى لها من ليلة الأخرى ساعة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة.

فصل: والأولى أن يكون لكل واحدة من نسائه مسكن يأتيها فيه، لأن رسول الله ﷺ كان يقسم هكذا ولأنه أصون لهن وأستر حتى لا يخرجن من بيوتهن، فإن اتخذ لنفسه منزلاً يدعو إليه كل واحدة منهن فى ليلتها ويومها جاز ذلك، لأن الرجل ينقل زوجته حيث شاء ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها، وإن اختار أن يقصد بعضهن فى منازلهن ويستدعى البعض كان له ذلك، لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء، وإن

---

(٢٦) سقط من المطبوعه وأثبتناه من بعض النسخ.

(٢٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٣٥) وإسناده حسن.

يجامعها ولم يطل عندها؛ لأن السكن يحصل بذلك وهى لا تستحقه، وفى الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان:

أحدهما: يجوز لحديث عائشة، **والثانى:** لا يجوز، لأنه يحصل لها به السكن فأشبه الجماع، فإن أطال المقام عندها، قضاه، وإن جامعها فى الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا، ومذهب الشافعى على نحو ما ذكرنا، إلا أنهم قالوا: لا يقضى إذا جامع فى النهار.

ولنا: أنه زمن من يقضيه إذا طال المقام فيقضيه إذا جامع فيه كالليل.

فصل: والأولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن يأتيها فيه، لأن رسول الله ﷺ كان يقسم هكذا، ولأنه أصون لهن وأستر حتى لا يخرجن من بيوتهن، وإن اتخذ لنفسه منزلاً يستدعى إليه كل واحدة منهن فى ليلتها ويومها كان له ذلك، لأن للرجل نقل زوجته حيث شاء، ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها، وإن اختار أن يقصد بعضهن فى منازلهن ويستدعى البعض، كان له ذلك، لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء، وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه، بأن يستدعى كل واحدة فى ليلتها، فعليهن طاعته، إن كان ذلك سكنى مثلهن، وإن لم يكن لم تلزمهن إجابته، لأن عليهن فى ذلك ضررًا، وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن، ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما فى غير الحبس.

حبس الزوجة فأحب القسم بين نسائه بأن يستدعى كل واحدة فى ليلتها فعليهن طاعته إن كان ذلك سكنى مثلهن وإن لم يكن لم يلزمهن إجابته، لأن عليهن فى ذلك ضررًا، وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما فى غير الحبس.

فصل: ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فإن أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاهن، وقال القاضى: له أن يقسم ليلة ليلة وليلتين ليلتين وثلاثًا ثلاثًا ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن، والأولى مع هذه ليلة وهذه ليلة لأنه أقرب لعهدهن به، ويجوز الثلاث لأنها فى حد القلة فهى كالليلة، وهذا مذهب الشافعى.

ولنا: أن النبى ﷺ إنما قسم ليلة ليلة ولأن التسوية واجبة وإنما جوزنا البداية بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند إحداهن ليلة بقيت الليلة الثانية حقًا للأخرى فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها، ولأنه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ولأنه إذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثًا حصل تأخير الأخيرة فى تسع ليال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعًا ولأن للتأخير عليها ضرر فإن لم يفعل فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال، والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه فى حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق.

١٢٢٥- **مسألة:** قال: (ولو وطئ زوجته ولم يطأ الأخرى فليس بعاص).

لا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى أنه لا تجب التسوية بين النساء فى الجماع، وهو مذهب مالك والشافعى، وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل، ولا سبيل إلى التسوية بينهن فى ذلك، فإن قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الأخرى، قال الله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ (النساء: ١٢٩) قال عبيدة السلمانى: فى الحب والجماع، وإن أمكنت التسوية بينهما فى الجماع كان أحسن وأولى، فإنه أبلغ فى العدل، وقد كان النبى ﷺ يقسم بينهن فيعدل، ثم يقول: «اللهم هذا قسمى فيما أملك، فلا تلمنى فيما لا أملك»[٢٨] وروى أنه كان يسوى بينهن حتى فى القبل[٢٩]، ولا تجب التسوية بينهن فى الاستمتاع بما دون

فصل: فإن كانت امرأتاه فى بلدين فعليه العدل بينهما، لأنه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما بذلك، فإما أن يمضى إلى الغائبة فى أيامها وإما أن يقدمها إليه فيجمع بينهما فى بلد واحد فإن امتنعت من القدوم مع الإمكان سقط حقها لنشوزها، وإن أحب القسم بينهما فى بلديهما لم يمكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر أو أكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما.

فصل: فإن قسم ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت: لا تدخل علىّ ولا تبيت عندى، أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض للناشز لأنها أسقطت حق نفسها، فإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشرًا لتساويهن فإن نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها ثلاثًا وللناشز ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمسة ثم يستأنف القسم بين الجميع، فإن كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضى للمظلومة فإنه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكرًا وثلاث إن كانت ثيبًا ثم يقسم بينهما وبين المظلومة خمسة أداور على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثًا وواحدة للجديدة.

30- **مسألة:** (وإن أراد النقلة من بلد إلى بلد وأخذ إحداهن معه والأخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة).

وجملة ذلك أن الزوج إذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحاب الكل فى

---

(٢٨) تقدم برقم (١٥) مسألة (١٢٢٣).

(٢٩) لم أجده بهذا اللفظ: وأخرج الحاكم فى «المستدرك» (٢/ ١٨٦) من حديث عائشة بلفظ: كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض فى مكثه عندنا، وكان قل يومه إلا وهو يطوف علينا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ إلى من هو يومها فيبيت عندها... الحديث وإسناده حسن... وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبى.

الفرج من القبل واللمس ونحوهما، لأنه إذا لم تجب التسوية فى الجماع، ففى دواعيه أولى.

١٢٢٦- **مسألة:** قال: (**ويقسم لزوجته الأمة ليلة، وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية**).

وبهذا قال على بن أبى طالب، وسعيد بن المسيب، ومسروق، والشافعى، وإسحاق، وأبو عبيد، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثورى والأوزاعى وأهل الرأى، وقال مالك فى إحدى الروايتين عنه: يسوى بين الحرة والأمة فى القسم لأنهما سواء فى حقوق النكاح من النفقة، والسكنى، وقسم الابتداء كذلك ههنا.

سفره فعل وليس له إفراد إحداهن به، لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن، فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر، فإن لم يمكنه الجمع أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعًا مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضى لأحد ولا يحتاج إلى قرعة لأنه سوى بينهن، وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة فإذا وصل إلى البلد الذى انتقل إليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه فى البلد خاصة، لأنه صار مقيمًا وانقطع حكم السفر عنه.

31- **مسألة:** (**ومتى سافر بها بقرعة لم يقض وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للأخرى**).

وجملة ذلك أن الزوج إذا أراد سفرًا فأحب حمل نسائه كلهن معه أو تركهن لم يحتج إلى قرعة، لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له ذلك إلا بقرعة، وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكى عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه، متفق عليه، ولأن فى المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلاً لها وميلاً إليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها فى القسم، وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضًا فقد روت عائشة أن النبى ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه، فصارت القرعة لعائشة وحفصة، رواه البخارى، ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوى بينهن فى الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه، وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكى عن داود أنه يقضى لقول الله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ (النساء: ١٢٩).

ولنا: أن عائشة لم تذكر قضاء فى حديثها، ولأن هذه التى سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل من السكن مثل ما يحصل فى الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل، لكن إن كان مسافرًا بإحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقى بعد سفره، وبها قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يقضى، لأن قسم الحضر ليس بمثل قسم السفر فيتعذر القضاء.

ولنا: أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً.

ولنا: ما روى عن على ﷺ أنه كان يقول: «إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين، رواه الدارقطنى[(٣٠)]، واحتج به أحمد، ولأن الحرة يجب تسليمها ليلاً ونهاراً، فكان حظها أكثر فى الإيواء ويخالف النفقة والسكنى فإنه مقدر بالحاجة، وحاجتها إلى ذلك كحاجة الحرة، وأما قسم الابتداء، فإنما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه، ولا يختلفان فى ذلك وفى مسألتنا يقسم لهما ليتساوى حظهما.

فصل: والمسلمة والكتابية سواء فى القسم، فلو كان له امرأتان، أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين، وإن كانتا جميعًا حرتين فليلة وليلة، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء[(٣١)]، كذلك قال سعيد

إذا ثبت هذا فينبغى أن لا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضى منها ما أقام منها بمبيت ونحوه، فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا المشقة والتعب، فلو جعل للحاضرة فى مقابلة ذلك مبيتًا عندها واستمتاعًا بها لمال كل الميل.

فصل: فإن خرجت القرعة لإحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده، لأن القرعة لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم، فإن أراد السفر بغيرها لم يجز، لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى غيرها، وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضى الزوج، لأن الحق لها فيجوز هبتها له كما لو وهبت ليلتها فى الحضر، ولا يجوز بغير رضاه، كما لو وهبت ليلتها فى الحضر، وإن وهبته للزوج أو للجميع جاز، وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضى الزوج وإن أبى فله إكراهها على السفر معه لما ذكرنا، وإن رضى بذلك استأنف القرعة بين البواقى، وإن رضى الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز، لأن الحق لهن إلا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار إلى القرعة، ولا فرق فى جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى، وذكر القاضى احتمالا أنه يقضى للبواقى فى السفر القصير، لأنه فى حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعى.

ولنا: أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل، ولو كان فى حكم الإقامة لم تجز المسافرة بإحداهن دون الأخرى كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون غيرها، ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له بعد السفر نحو أن يسافر إلى القدس ثم يبدو له فيمضى إلى مصر فله استصحابها معه، لأنه سفر واحد قد أقرع له، فإن أقام فى بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما

---

(٣٠) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٢٨٥) من طريق حجاج عن المنهال بن عمرو عن زر بن حبيش عن على... به. وفى إسناده حجاج بن أرطاة مدلس وقد عنعنه والمنهال بن عمرو فيه مقال فالحديث إسناده ضعيف.

(٣١) انظر الإجماع لابن المنذر (٨٤/ ٣٨٦).

ابن المسيب والحسن والشعبى والنخعى والزهرى والحكم وحماد ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية، فاستوت فيه المسلمة والكتابية، كالنفقة والسكنى، ويفارق الأمة لأن الأمة لا يتم تسليمها، ولا يحصل لها الإيواء التام بخلاف الكتابية.

فصل: فإن أعتقت الأمة فى أثناء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى لتساوى الحرة، وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويًا ولم يقض لها ما مضى لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها وإن عتقت وقد قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لأنهما تساويا فيسوى بينهما.

فصل: والحق فى القسم للأمة دون سيدها ، فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض

دون لم يحتسب عليه بها، لأنه فى حكم السفر يجرى عليه أحكامه، وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه، لأنه خرج من حكم السفر، وإن أجمع على المُقام قضى ما أقامه وإن قل، لأنه خرج عن حكم السفر ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلد، أو بلدة أخرى لم يقض ما سافره، لأنه فى حكم السفر الواحد وقد أقرع له.

32- مسألة: (وإن امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير إذنه سقط حقها من القسم) .

لا نعلم خلافًا فى ذلك، لأنها عاصية له بمنع نفسها منه فسقط حقها كالناشزة.

33- مسألة: (وإن أشخصها هو فهى على حقها من ذلك) .

نحو أن يبعثها فى حاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها، لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم، لأنها لم تفوت عليه التمكين، ولا فات من جهتها، وإنما حصل بتفويته، فلم يسقط حقها، كما لو أتلف المشترى المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه، فعلى هذا يقضى لها بحسب ما أقام عند ضرتها، وإن سافرت معه فهى على حقها منهما جميعًا.

34- مسألة: (وإن سافرت لحاجتها بإذنه فعلى وجهين) .

إذا سافرت المرأة فى حاجتها بإذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق فى النفقة ولا قسم فى أحد الوجهين، هذا الذى ذكره الخرقى والقاضى، وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر أنها لا تسقط، وهو قول الشافعى، لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه، ووجه الأول أن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها، وفارق ما إذا سافرت معه، لأنه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط القسم وجهًا واحدًا، لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفر كان أولى ويكون فى النفقة الوجهان.

35- مسألة: (وللمرأة تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها بإذنه أو له فيجعله لمن شاء منهن) .

ضرائرها، كالحرة، وليس لسيدها الاعتراض عليها، ولا أن يهبه دونها، لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها، فملكت إسقاطه، وذكر القاضي: أن قياس قول أحمد أنه يستأذن سيد الأمة في العزل عنها، أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم إلا بإذنه ولا يصح هذا، لأن الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للولي فيه حق، ولأن المطالبة بالفيئة للأمة دون سيدها، وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها، فلا وجه لإثبات الحق له ههنا.

فصل: ولا قسم على الرجل في ملك يمينه، فمن كان له نساء وإماء فله الدخول على الإماء كيف شاء، والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء، وإن شاء أقل، وإن شاء أكثر، وإن شاء ساوى بين الإماء، وإن شاء فضل، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض، بدليل قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: ٣) وقد كان للنبي ﷺ مارية القبطية وريحانة، فلم يكن يقسم لهما، ولأن الأمة لا حق لها في الاستمتاع، ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد مجبوبًا أو عنينًا، ولا تضرب لها مدة الإيلاء، لكن إن احتاجت إلى النكاح فعليه إعفافها، إما بوطئها أو تزويجها أو بيعها.

فصل: ويقسم بين نسائه ليلة ليلة، فإن أحب الزيادة على ذلك، لم يجز إلا برضاهن،

لأن الحق لها وللزوج فإذا رضيت هي والزوج جاز، لأن الحق لا يخرج عنهما، فإن أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك، لأن حق الزوج في الاستمتاع ثابت في كل وقت، إنما منعته المزاحمة لحق صاحبتها، فإذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها، وإن كرهت كما لو كانت منفردة، وقد ثبت أن سودة وهبت يومها لعائشة، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة، متفق عليه، ونحو ذلك في جميع الزمان، وفي بعضه فإن سودة وهبت يومها في جميع زمانها، وروى ابن ماجه عن عائشة أن رسول الله ﷺ وجد على صفية بنت حيي في شيء فقالت صفية لعائشة: هل لك أن ترضي عني رسول الله ﷺ ولك يومي؟ فأخذت خمارًا مصبوغًا بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبي ﷺ فقال: رسول الله ﷺ: «إليك يا عائشة، إنه ليس يومك» قالت: ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، فأخبرته بالأمر فرضي عنها، إذا ثبت هذا، فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة، وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء، لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعله للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض، وإن وهبتها لواحدة كفعل سودة جاز، ثم إن كانت تلي ليلة الموهوبة والى بينهما، وإن كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضا الباقيات ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة، لأن الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها، فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة، ولأن في ذلك تأخيرًا لحق غيرها وتغييرًا لليلتها بغير رضاها فلم يجز، وكذلك الحكم إذا وهبتها الزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها، وفيه

وقال القاضى: له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثًا ثلاثًا، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن، والأولى مع هذا ليلة وليلة لأنه أقرب لعهدهن به، وتجوز الثلاث لأنها فى حد القلة، فهى كالليلة، وهذا مذهب الشافعى.

ولنا: أن النبى ﷺ إنما قسم ليلة وليلة ولأن التسوية واجبة وإنما جوزت البداءة بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقًا للأخرى فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها، ولأنه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث، ولأنه إذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثًا حصل تأخير الأخيرة فى تسع ليال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعًا، ولأن للتأخير آفات فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال، والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه فى حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق.

فصل: فإن قسم لإحداهما ثم طلق الأخرى قبل قسمها أثم، لأنه فوت حقها الواجب لها

وجه آخر أنه لا يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة فى التفريق، والأول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها.

36- مسألة: (فمتى رجعت فى الهبة عاد حقها ولها ذلك فى المستقبل، لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى).

لأنه بمنزلة المقبوض، ولو رجعت فى بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل إليها، فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقبض لها شيئًا، لأن التفريط منها.

فصل: فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح، لأن حقها فى كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال، فإذا أخذت عليه مالاً لزمها رده وعليه أن يقضى لها، لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها، فإن كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها عنها أو غيره جاز، لأن عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفية، وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ، فلم ينكره.

37- مسألة: (ولا قسم عليه فى ملك اليمين وله الاستمتاع بهن كيف شاء).

ومن له نساء وإماء فله الدخول على الإماء كيف شاء والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء، وإن شاء أقل وإن شاء أكثر، وإن شاء ساوى بين الإماء، وإن شاء فضل، وإن شاء استمتع ببعضهن دون بعض، بدليل قوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**﴾ (النساء: ٣) وقد كان للنبى ﷺ مارية القبطية وريحانة فلم يقسم لهما، ولأن الأمة لا حق لها فى الاستمتاع ولذلك لا يثبت لها الخيار بجب السيد ولا عنته ولا يضرب لها مدة الإيلاء.

38- مسألة: (ويستحب التسوية بينهن لئلا يضر ببعضهن وأن لا يعضلهن إن لم يرد الاستمتاع بهن).

فإن عادت إليه برجعة أو نكاح قضى لها لأنه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر إذ أيسر بالدين فإن قسم لإحداهما ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل على أو لا تبت عندى أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم، فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينها ولم يقض الناشز لأنها أسقطت حق نفسها، وإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشرًا لتساويهن فإن نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها وأقام عند الاثنتين ثلاثين ليلة ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للمظلومة فإنه يقسم لها ثلاثًا وللناشز ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة

إذا احتاجت الأمة إلى النكاح وجب عليه إعفافها إما بوطئها أو تزويجها أو بيعها.

فصل: قال رحمه الله: **(وإذا تزوج بكرًا أقام عندها سبعًا ثم دار، وإن كانت ثيبًا أقام عندها ثلاثًا ثم دار)**.

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعًا إن كانت بكرًا ولا يقضيها للباقيات، وإن كانت ثيبًا أقام عندها ثلاثًا ولا يقضيها إلا أن تشاء هى أن يقيم عندها سبعًا فإنه يقيمها عندها ويقضى الجميع للباقيات، روى ذلك عن أنسْ، وبه قال الشعبى والنخعى ومالك والشافعى وأبو عبيدة وابن المنذر.

وروى عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر: للبكر ثلاث وللثيب ليلتان، ونحوه قال الأوزاعى، وقال الحكم وحماد وأصحاب الرى: لا فضل للجديدة فى القسم فإن أقام عندها قضاه للباقيات لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعًا.

ولنا: ما روى أبو قلابة عن أنس قال: من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعًا وقسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثة ثم قسم، قال أبو قلابة: ولو شئت لقلت إن أنسًا رفعه إلى النبى ﷺ، متفق عليه، وعن أم سلمة أن رسول الله ﷺ لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثًا وقال: «ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت لك، وإن سبعت لك سبعت لنسائى» رواه مسلم، وفى لفظ «وإن شئت ثلثت ثم درت» وفى لفظ رواه الدارقطنى «إن شئت أقمت ثلاثًا خالصة لك وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائى» وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه.

قال ابن عبد البر: الأحاديث المرفوعة فى هذا الباب على ما قلناه، وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة.

فصل: والأمة والحرة فى هذا سواء، ولأصحاب الشافعى فى هذا ثلاثة أوجه: **أحدها:** كقولنا، **والثانى:** الأمة على النصف من الحرة كسائر القسم، **والثالث:** للبكر من الإماء أربع وللثيب ليلتان تكميلاً لبعض الليلة.

خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمس ثم يستأنف القسم بين الجميع فإن كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضى للمظلومة فإنه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكرًا وثلاث إن كانت ثيبًا لحق العقد، ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثًا وواحدة للجديد.

فصل: فإن كان امرأتاه فى بلدين فعليه العدل بينهما لأنه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك، فإما أن يمضى إلى الغائبة فى أيامها، وإما أن يقدمها إليه ويجمع بينهما فى بلد واحد فإن امتنعت من القدوم مع الإمكان سقط حقها لنشوزها، وإن أحب القسم بينهما فى بلديهما لم يكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر وأكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما.

فصل: ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهن جميعًا، ولا يجوز إلا برضى الزوج لأن حقه فى الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه فإذا رضيت هى والزوج جاز، لأن الحق فى ذلك لهما لا يخرج عنهما، فإن أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك، لأن حق الزوج فى الاستمتاع بها ثابت فى كل وقت إنما منعته المزاحمة بحق صاحبتها، فإذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه فى الاستمتاع بها، وإن كرهت كما لو كانت منفردة، وقد ثبت «أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها

ولنا عموم قوله ﷺ: «للبكر سبع وللثيب ثلاث» ولأنه يراد للأنس وإزالة الاحتشام، والأمة والحرة سواء فى الاحتياج إلى ذلك فاستويا فيه كالنفقة.

39- مسألة: (وإن زُفَّتْ إليه امرأتان قدمت السابقة منهما ثم أقام عند الأخرى ثم دار وإن زُفَّتا معًا قدم إحداهما بالقرعة ثم أقام عند الأخرى).

يكره أن تزف إليه امرأتان فى ليلة واحدة أو فى مدة عقد إحداهما، لأنه لا يمكنه أن يوفيهما وتستضر التى لا يوفيها حقها، فإن دخلت إحداهما إليه قبل الأخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم، وإن زفت الثانية فى أثناء مدة العقد أتمه للأولى ثم قضى حق الثانية وإن دخلتا عليه جميعًا فى مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى للأخرى بعدها.

فصل: وإذا كان عنده امرأتان فبات عند إحداهما ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لأن حقها آكد، لأنه ثبت بالعقد وحق الثانية ثبت بفعله، فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم ثبت عند الجديدة ثم يبتدئ القسم، وذكر القاضى أنه إذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدئ القسم لأن الليلة التى يوفيها الثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى فيثبت للجديدة فى مقابلة ذلك نصف ليلة بإزاء ما حصل لكل واحدة من ضرتها، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه فى نصف ليلة وفيه

ويوم سودة» متفق عليه[٣٢]، ويجوز ذلك فى جميع الزمان وفى بعضه، فإن سودة وهبت يومها فى جميع زمانها، وروى ابن ماجه عن عائشة أن رسول الله ﷺ وجد على صفية بنت حيى فى شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضى عنى رسول الله ﷺ ولك يومى؟ فأخذت خمارًا مصبوغًا بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبى ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «إليك يا عائشة إنه ليس يومك» قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، فأخبرته بالأمر فرضى عنها[٣٣]، فإذا ثبت هذا فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة، وإن وهبتها للزوج فله جعلها[٣٤] لمن شاء لأنه لا ضرر على الباقيات فى ذلك إن شاء جعلها للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض، وإن وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة جاز، ثم إن كانت تلك الليلة تلى ليلة الموهوبة والى بينهما، وإن كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضاء الباقيات، ويجعلها لها فى الوقت الذى كان للواهبة، لأن الموهوبة قامت مقام الواهبة فى ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة، ولأن فى ذلك تأخير حق غيرها وتغييرًا لليلتها بغير رضاها فلم يجز، وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج فآثر بها امرأة

حرج فإنه ربما لا يجد مكانًا ينفرد فيه أو لا يقدر على الخروج إليه فى نصف الليلة أو المجيء منه، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء حقها بدون هذا الحرج فيكون أولى إن شاء الله تعالى.

40- مسألة: (وإن أراد السفر فخرجت القرعة لإحداهما سافر بها ودخل حق العقد فى قسم السفر، فإذا قدم بدأ بالأخرى فوفاها حق العقد).

إذا تزوج امرأتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتى تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد فى قسم السفر، فإذا قدم قضى للثانية حق العقد **فى أحد الوجهين** لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالأخرى معه، **والثانى**: لا يقضيه لئلا يكون تفضيلاً لها على التى سافر بها لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل فى الحضر فيكون ميلاً فيتعذر قضاؤه، فإن قدم من سفره قبل مضى مدة ينقضى فيها حق عقد الأولى أتمة فى الحضر وقضى للحاضرة مثله، وجهًا واحدًا، وفيما زاد الوجهان، ويحتمل فى المسألة وجهًا ثالثًا: وهو أن يستأنف حق العقد لكل واحدة منهما، ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد، وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط.

---

(٣٢) تقدم برقم (٢٤).

(٣٣) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٧٣) من طريق حماد بن سلمة عن ثابت عن سمية عن عائشة به قال فى «الزوائد»: فى إسناده سمية البصرية وهى لا تعرف، كذا قاله صاحب الميزان.

(٣٤) فى بعض النسخ: جَعْلُه.

منهن بعينها، وفيه وجه آخر أنه يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة فى التفريق، والأول أصح، وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها، ومتى رجعت الواهبة فى ليلتها فلها ذلك فى المستقبل لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى لأنه بمنزلة المقبوض، ولو رجعت فى بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل إليها فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئًا، لأن التفريط منها.

فصل: فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح، لأن حقها فى كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فإذا أخذت عليه مالاً لزمها رده وعليه أن يقضى لها، لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها وإن كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز فإن عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فلم ينكره.

١٢٢٧- مسألة: قال: **(وإذا سافرت زوجته بإذنه فلا نفقة لها ولا قسم وإن كان هو أشخصها فهى على حقها من ذلك)**.

وجملة الأمر أنها إذا سافرت فى حاجتها بإذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق فى نفقة ولا قسم، هكذا ذكر الخرقى والقاضى، وقال أبو الخطاب فى ذلك وجهان، وللشافعى فيه قولان: **أحدهما**: لا يسقط حقها لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه.

فصل: فإن كانت له امرأة فتزوج أخرى وأراد السفر بهما جميعًا قسم للجديدة سبعًا إن كانت بكرًا وثلاثًا إن كانت ثيبًا، ثم يقسم بعد ذلك بينهما وبين القديمة، وإن أراد السفر بإحداهما أقرع بينهما، فإن خرجت قرعة الجديدة سافرت معه ودخل حق العقد لأنه سافر بعد وجوبه عليه.

41- مسألة: (وإن طلق إحدى نسائه فى ليلتها أثم، لأنه فوت حقها الواجب لها، فإن عادت إليه برجعة أو نكاح قضى لها لأنه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر إذا أيسر بالدين).

42- مسألة: (وله أن يخرج فى نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس).

لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا ﴿١٠﴾ وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا﴾ (النبأ: ١٠، ١١) وقال تعالى: ﴿وَمِن رَّحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِن فَضْلِهِ﴾ (القصص: ٧٣) أى لتسكنوا فى الليل ولتبتغوا من فضله فى النهار، وحكم السبعة والثلاثة التى يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم فيما ذكرنا، فإن تعذر عليه المقام عندها ليلاً لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها، وله الخروج إلى صلاة الجماعة، فإن النبى ﷺ لم يترك الجماعة لذلك، ويخرج لما لا بد له منه، فإن أطال قضاه ولا يقضى اليسير.

ولنا: أن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها، وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط القسم وجهًا واحدًا لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون فى النفقة الوجهان وفى هذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى وهذا لا خلاف فيه نعلمه، فأما إن أشخصها وهو يبعثها لحاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم، لأنها لم تفرت عليه التمكين ولا فات من جهتها وإنما حصل بتفويته فلم يسقط حقها كما لو أتلف المشترى المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه، فعلى هذا يقضى لها بحسب ما أقام عند ضرتها وإن سافرت معه فهى على حقها منهما جميعًا.

١٢٢٨- **مسألة:** قال: **(وإذا أراد سفرًا فلا يخرج معه منهن إلا بقرعة فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن)**.

وجملته أن الزوج إذا أراد سفرًا فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن لم يحتج

فصل فى النشوز

وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها من طاعته، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما وجب عليها من طاعته.

أ- **مسألة: (فمتى ظهرت منها أمارات النشوز بأن لا تجيبه إلى الاستمتاع أو تجيبه متبرمة ومتكرهة وعظها، فإن أصرت هجرها فى المضجع ما شاء، وفى الكلام ما دون ثلاثة أيام، فإن أصرت فله أن يضربها ضربًا غير مبرِّح)**.

متى ظهرت من المرأة أمارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمة فإنه يعظها فيخوفها الله سبحانه، ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة، وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية، وما يسقط بذلك من النفقة والكسوة، وما يباح له من هجرها وضربها، لقول الله تعالى: ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ (النساء: ٣٤) فإن أظهرت النشوز وهو أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها فى المضجع ما شاء لقول الله تعالى: ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ (النساء: ٣٤) قال ابن عباس لا تضاجعها فى فراشك، فأما الهجران فى الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»(3) وظاهر كلام الخرقى أنه ليس له ضربها فى النشوز فى أول مرة، وقد روى عن أحمد

---

(3) أخرجه البخارى فى «الأدب» (ح ٦٠٧٧) ومسلم (٤/ ٢٥/ ١٩٨٤) وأحمد فى «مسنده» (١/ ١٧٦).

إلى قرعة لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وهاهنا قد سوى، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها إلا بقرعة، وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكى عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة روت أن النبى ﷺ كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه، متفق عليه (٣٥)، ولأن فى المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلاً لها وميلاً إليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها فى القسم.

وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضًا، فقد روت عائشة أن النبى ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة، رواه البخارى (٣٦)، ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوى بينهن فى الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه، وهذا معنى قول الخرقى، فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكى عن داود أنه يقضى لقول الله تعالى: ﴿فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ﴾ (النساء: ١٢٩).

إن عصت المرأة زوجها فله ضربها ضربًا غير مبرح، ظاهر هذا إباحة ضربها، لقول الله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ ولأنها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت، ولأن عقوبات المعاصى لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود، ووجه قول الخرقى أن المقصود زجرها عن المعصية فى المستقبل، وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل، كمن هجم عليه منزله فأراد إخراجه، وأما قوله: ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ (النساء: ٣٤) الآية، ففيها إضمار تقديره: واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن فى المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن، كما قال سبحانه: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ﴾ (المائدة: ٣٣) والذى يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز، ولا خلاف أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره، وللشافعى قولان كهذين، فإذا لم ترتدع بالهجر والوعظ فله ضربها، لقول الله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ وقال النبى ﷺ: «إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربًا غير مبرح» (4)، رواه مسلم، ومعنى غير مبرح أى ليس بالشديد، قال الخلال: سألت أحمد بن يحيى عن قوله: «ضربًا غير مبرح» قال: غير شديد، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة، لأن المقصود التأديب لا الإتلاف، وقد روى أبو داود عن حكيم بن معاوية القشيرى عن أبيه قال: قلت: يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: «أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تقبح ولا تهجر إلا فى البيت» (5) وروى عبد الله بن زمعة عن النبى ﷺ قال: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها

(٣٥)تقدم برقم (١٣٠) مسألة رقم (١١٢٧).

(٣٦)أخرجه البخارى فى «النكاح» (٩/ ح٥٢١١/ فتح).

(4)أخرجه مسلم فى «الحج» (٢/ ١٤٧/ ٨٩٠) وأبو داود (٢/ ح١٩٠٥) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٧٣).

(5)أخرجه أبو داود (٢/ ح٢١٤٢) وإسناده صحيح.

ولنا: أن عائشة لم تذكر قضاء فى حديثها، ولأن هذه التى سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل فى الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل، لكن إن سافر بإحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقى بعد سفره، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يقضى، لأن قسم الحضر ليس بمثل قسم السفر فيتعذر القضاء.

ولنا: أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضرًا، إذا ثبت هذا فينبغى أن لا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضى منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه، فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة فى مقابلة ذلك مبيتًا عندها واستمتاعًا بها لمال كل الميل.

فى آخر اليوم» ولا يزيد فى ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله ﷺ: «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله» (6) متفق عليه.

فصل: وله تأديبها على ترك فرائض الله تعالى، وقال فى الرجل له امرأة لا تصلى: يضربها ضربًا رفيقا غير مبرح، وقال على فى تفسير قوله تعالى: ﴿قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ (التحريم: ٦) قال: علموهم أدبوهم، وروى الخلال بإسناده عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «رحم الله عبدًا علق فى بيته سوطًا يؤدب أهله» (7) فإن لم تصلى فقد قال أحمد: أخشى أن لا يحل لرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من الجنابة ولا تتعلم القرآن، قال أحمد فى الرجل يضرب امرأته: لا ينبغى لأحد أن يسأله ولا أبوها لم يضربها؟ والأصل فى هذا ما روى الأشعث عن عمر أنه قال: يا أشعث احفظ عنى شيئًا سمعته من رسول الله ﷺ: «لا تسألن رجلاً فيما ضرب امرأته» (8) رواه أبو داود، لأنه قد يضربها لأجل الفراش، فإن أخبر بذلك استحيا وإن أخبر بغيره كذب.

فصل: وإن خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها لتسترضيه بذلك، لقوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ (النساء: ١٢٨) وروى البخارى (9) عن عائشة ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ قالت: هى المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له: أمسكنى ولا تطلقنى ثم تزوج

---

(6) أخرجه البخارى فى «الحدود» (١٢/ ح٦٨٤٨) ومسلم فى «الحدود» (٣/ ٤٠/ ١٣٣٣) وأبو داود (٤/ ٤٤٩١).

(7) أخرجه ابن جرير الطبرى فى «تفسيره» (٢٨/ ١٠٧) وابن كثير فى «تفسيره» (٨/ ١٩٤).

(8) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٤٧) وابن ماجه (١/ ح١٩٨٦) وإسناده ضعيف.

(9) أخرجه البخارى فى «النكاح» (٩/ ح٥٢٠٦/ فتح).

فـصل: إذا خرجت القرعة لإحداهن لم يجب عليه السفـر بها وله تركها والسفر وحده ، لأن القرعـة لا توجب وإنما تعين من تستـحق التقديم وإن أراد السـفر بغيرها لم يجـز ، لأنها تعينت بالقرعـة فلم يجز العدول عنها إلى غـيرها ، وإن وهبت حقها من ذلك لغـيرها جاز إذا رضى الزوج ، لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت ليلتها فى الحضر ، ولا يجوز بغير رضا الزوج لمـا ذكرنا فى هبـة الليلة فى الحضـر ، وإن وهبتـه للزوج أو للجمـيع جاز ، وإن امتنعت من السفر مـعه سقط حقها إذا رضى الزوج ، وإن أبى فله إكراهها على السـفر معه لما ذكرنا ، وإن رضى بذلك استأنف القرعة بين الـبواقى ، وإن رضى الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غـير قرعة جـاز ، لأن الحق لهن ، إلا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقـن عليها فيصـار إلى القرعة ، ولا فـرق فى جميع ما ذكـرنا بين السفر الطويل والقصـير لعموم الـخبر

غيرى فأنت فى حل من النفقة علىَّ والقسـمة لى ، وعن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ قالت : يا رسـول الله يومى لعائشة فقبل رسول الله ﷺ منها ، قالت : ففى ذلك أنزل الله جل شأنه وفى أشباهها أراه قال : ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا** ﴾ رواه أبـو داود[10] ومتى صالحت على ترك شىء من قسمـها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز ، فـإن رجعت فلها ذلك ، قال أحـمد فى الرجل يعيب على امرأته فـيقول لها : إن رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول : قد رضيت فهو جائز ، فإن شاءت رجعت .

2- مـسألة : (فإن ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبـه له أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف) .

وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فإن كان من المرأة فهو نشوز ، وقد ذكـرناه ، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جنب ثقـة يمنعه من الإضرار بها والتـعدى عليهـا ، وكذلك إن بان من كل واحـد منهمـا تعدٍ أو ادعى كل واحدٍ منهـما أن الآخـر ظلمه أسكنهما إلى جنب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف لأن ذلك طريق الإنصاف فتعين فعله كالحكم بالحق .

3- مــسـألة : (فإن خرجـا إلى الشقاق والعـداوة بعث الحاكم حكمين حرين مـسلمين عدلين) .

والأولى أن يكونا من أهلهما للآية بتوكـيلهما ورضاهما فيكشفان عن حالهـما ويفعلان ما يريانه من جمع بينهمـا أو تفريق بطلاق أو خلع فما فعلا من ذلك لزمـهما ، والأصل فى ذلك قوله سبـحانه : ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** ﴾ (النساء: ٣٥) .

---

(10) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥٢١٢) ومسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٤٧/ ١٠٨٥).

والمعنى، وذكر القاضى احتمالاً ثانيًا أنه يقضى للبواقى فى السفر القصير، لأنه فى حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعى.

ولنا: أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل، ولو كان فى حكم الإقامة لم تجز المسافرة بإحداهن دون الأخرى كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون الأخرى، ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضى إلى مصر فله استصحابها معه لأنه سفر واحدة قد أقرع له، وإن أقام فى بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها، لأنه فى حكم السفر تجرى عليه أحكامه وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لأنه خرج عن حكم السفر، وإن أزمع على المقام قضى ما أقامه، وإن قل، لأنه خرج عن حكم السفر، ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلده أو بلد أخرى لم يقض ما سافره لأنه فى حكم السفر الواحد وقد أقرع له.

فصل: إذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن فى سفره فعل ولم يكن له إفراد إحداهن به لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر فإن لم يمكنه صحبة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعًا من غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضى لأحد ولا يحتاج إلى قرعة، لأنه سوى بينهن، وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة، فإذا وصل إلى البلد الذى انتقل إليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه فى البلد خاصة لأنه صار مقيمًا وانقطع حكم السفر عنه.

فصل: إذا كانت له امرأة فتزوج أخرى، وأراد السفر بهما جميعًا قسم للجديدة سبعًا إن كانت بكرًا، وثلاثًا إن كانت ثيبًا، ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة، وإن أراد السفر بإحداهما أقرع بينهما، فإن خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه، ودخل حق العقد فى قسم السفر، لأنه نوع قسم، وإن وقعت القرعة للأخرى سافر بها، فإن حضر قضى للجديدة حق

4- مسألة: (فإن امتنعا من ذلك لم يجبرا عليه، وعنه أن الزوج إن وكل فى الطلاق بعوض أو وكلت المرأة فى بذل العوض وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى الحكمين ففى **إحدى الروايتين** عنه أنهما وكيلان لهما ولا يملكان التفريق إلا بإذنهما، وهذا مذهب عطاء وأحد قولى الشافعى، وحكى عن الحسن وأبى حنيفة لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما، **الثانية**: أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما، روى نحو ذلك عن على وابن عباس وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعى وإسحاق وابن المنذر، لقول الله تعالى: ﴿ **فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا** ﴾

العقد، لأنه سافر بعد وجوبه عليه، وإن تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتى تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد فى قسم السفر، فإذا قدم قضى للثانية حق العقد **فى أحد الوجهين**، لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالأخرى معه، **والثانى**: لا يقضيه، لئلا يكون تفضيلاً لها على التى سافر بها، لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل فى الحضر فيكون ميلاً فيتعذر قضاؤه، فإن قدم من سفره قبل مضى مدة ينقضى فيها حق عقد الأولى أتمه فى الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهًا واحدًا وفيما زاد الوجهان.

ويحتمل فى المسألة الأولى وجهًا ثالثًا، وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكل واحدة منهما، ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد، وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط.

١٢٢٩- مسألة: قال: **(وإذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعًا ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها، وإن كانت ثيبًا أقام عندها ثلاثًا ثم دار ولا يحتسب عليها أيضًا بما أقام عندها)**.

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعًا إن كانت بكرًا ولا يقضيها للباقيات، وإن كانت ثيبًا أقام عندها ثلاثًا ولا يقضيها إلا أن تشاء هى أن يقيم عندها سبعًا فإنه يقيمها عندها ويقضى الجميع للباقيات، روى ذلك عن أنس، وبه قال الشعبى والنخعى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر، وروى عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر: للبكر ثلاث وللثيب ليلتان، ونحوه قال الأوزاعى، وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأى: لا فضل للجديدة فى القسم، فإن أقام عندها شيئًا قضاه للباقيات، لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعًا.

ولنا: ما روى أبو قلابة عن أنس قال: من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها

فسماهما حكمين، ولم يعتبر رضى الزوجين، ثم قال: ﴿إن يريدا إصلاحًا﴾ فخاطب الحكمين بذلك، وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلمانى أن رجلاً وامرأة أتيا عليًا مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال علىٌّ: ابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، فبعثوا حاكمين ثم قال على للحاكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله على ولىي، فقال الرجل أما الفرقة فلا، فقال على: كذبت، حتى ترضى بما رضيت به، وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك، ويروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عقبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان فبعث حكمًا من أهله عبد الله بن عباس وحكمًا من أهلها معاوية، فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شخصين من بنى عبد مناف، فلما بلغا الباب كانا قد

سبعًا، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثًا ثم قسم، قال أبو قلابة: لو شئت لقلت إن أنسًا رفعه إلى النبى ﷺ، متفق عليه(٣٧)، وعن أم سلمة أن رسول الله ﷺ لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثًا وقال: «ليس بكِ على أهلك هوان إن شئت سبعت لك، وإن سبعت لكِ سبعت لنسائى»(٣٨) رواه مسلم، وفى لفظ: «وإن شئت ثلثت ثم درت»(٣٩) وفى لفظ «وإن شئت زرتك ثم حاسبتك به للبكر سبع وللثيب ثلاث»(٤٠) وفى لفظ رواه الدارقطنى «إن شئت أقمت عندك ثلاثًا خالصة لك، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائى»(٤١) وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه، قال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة فى هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة.

فصل: والأمة الحرة فى هذا سواء، ولأصحاب الشافعى فى هذا ثلاثة أوجه: **أحدها:** كقولنا، **والثانى:** الأمة على النص من الحرة كسائر القسم، **والثالث:** للبكر من الإماء أربع وللثيب ليلتان تكميلاً لبعض الليلة.

ولنا عموم قوله ﷺ: «للبكر سبع ولـلثيب ثلاث» ولأنه يراد للأنس وإزالة الاحتشام والأمة والحرة سواء فى الحاجة إليه فاستويا فيه كالنفقة.

فصل: يكره أن يزف إليه امرأتان فى ليلة واحدة، أو فى مدة حق عقد إحداهما، لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما، وتستضر التى لا يوفيها حقهما وتستوحش، فإن فعل فأدخلت

أغلقا الباب واصطلحا، ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى عنه الدين من ماله إذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع.

فصل: ولا يكون الحكمان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين، لأن هذه من شروط العدالة سواء قلنا «هما» حكمان أو وكيلان، لأن الوكيل إذا كان متعلقًا بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلاً كما لو نصب وكيلاً لصبى أو مفلس ويكونان ذكرين، لأنه يفتقر إلى الرأى والنظر، فقال القاضى: ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعى، لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة، قال شيخنا: والأولى أن يقال: إن كانا وكيلين لم يعتبر الحرية، لأن توكيل العبد جائز، وإن كانا حاكمين اعتبرت الحرية، لأن الحاكم لا يجوز

---

(٣٧) أخرجه البخارى فى «النكاح» (٩/ ح٥٢١٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٤٤/ ٤٥/ ١٠٨٤) وفيه قال خالد وليس أبو قلابة وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٢٤) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٣٩) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩١٦) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ١٥/ ٥٣٠).

(٣٨) أخرجه مسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٤١/ ١٠٨٣) وأبو داود فى «سننه» (١/ ح١٩١٧) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٢١٠) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ١٤/ ٥٢٩) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٩٢).

(٣٩) أخرجه مسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٤٢/ ١٠٨٣) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ١٤/ ٥٢٩).

(٤٠) أخرجه مسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ١٠٨٣).

(٤١) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ١٤٣/ ٢٨٤) وإسناده صحيح.

إحداهما قبل الأخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم، وإن زفت الثانية فى أثناء مدة حق العقد أتمه للأولى ثم قضى حق الثانية، وإن أدخلتا عليه جميعًا فى مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى الأخرى بعدها.

فصل: وإذا كانت عنده امرأتان فبات عند إحداهما ليلة، ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لأن حقها آكد لأنه ثبت بالعقد، وحق الثانية ثبت بفعله، فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة ثم يبتدئ القسم، وذكرالقاضى: أنه إذا وفَّى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدئ القسم، لأن الليلة التى يوفيها للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى، فيثبت للجديدة فى مقابلة ذلك نصف ليلة بإزاء ما حصل لكل واحدة من ضرتيها، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه فى نصف ليلة وفيه حرج، فإنه ربما لا يجد مكانًا ينفرد فيه، أو لا يقدر على الخروج إليه فى نصف الليلة أو المجيء منه، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها بدون هذا الحرج فيكون أولى إن شاء الله.

فصل: وحكم السبعة والثلاثة التى يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم فى أن عماده الليل، وله الخروج نهارًا لمعاشه وقضاء حقوق الناس، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلاً لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج لصلاة الجماعة فإن النبى ﷺ لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه، فإن أطال قضاه، وإن كان يسيرًا فلا قضاء عليه.

١٢٣٠- **مسألة:** قال: **(وإذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها، فإن أظهرت نشوزاً هجرها فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضربًا لا يكون مبرحًا)**.

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته، فمتى ظهرت منها أمارات

أن يكون عبدًا ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق، لأنهما يتصرفان فى ذلك فيعتبر علمهما به، والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك، ولأنهما أشفق وأعلم بالحال، فإن كانا من غير أهلهما جاز، لأن القرابة ليست شرطًا فى الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشادًا واستحبابًا، فإن قلنا: هما وكيلان فلا يفعلان شيئًا حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح أو تأذن المرأة لوكيلها فى الخلع والصلح على ما يراه، فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا، وإن قلنا: إنهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ حكمهما عليه، رضياه أو أبياه.

5- **مسألة: (فإن غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الأولى وينقطع على الثانية، وإن جنا انقطع نظرهما على الرواية الأولى ولم ينقطع على الثانية)**.

النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها، ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمة، فإنه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة، وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها لقول الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ (النساء: ٣٤) فإن أظهرت النشوز، وهي أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع لقول الله تعالى: ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ (النساء: ٣٤) قال ابن عباس: لا تضاجعها في فراشك(٤٢) فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»(٤٣) وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة، وقد روى عن أحمد: إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضربًا غير مبرح، فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ (النساء: ٣٤) ولأنها صرحت المنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود، ووجه قول الخرقي المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل كمن هجم منزله فأراد إخراجه، وأما قوله: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ الآية ففيها إضمار تقديره: واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن، كما قال سبحانه: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ (المائدة: ٣٣) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره، وللشافعي قولان كهذين فإن لم ترتدع

إذا غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين جاز لهما إمضاء رأيهما إن قلنا إنهما وكيلان، لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة، وإن قلنا: إنهما حكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم، لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم، وإن كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فهل ما وكله فيه مع غيبته، وإن جن أحدهما بطل حكم وكيله، لأن الوكالة تبطل بجنون الموكل

---

(٤٢) أخرجه ابن جرير الطبري في «تفسيره» (٥/ ٤١) وكذلك ذكره الشوكاني في «تفسيره» «فتح القدير» (١/ ٤٩٢) عن ابن عباس خلافه فقال: يعني بالهوان أن يكون الرجل وامرأته على فراش واحد لا يجامعها وإسناده ضعيف وقال أيضًا: من طريق شريك إلا يجامعها وفي معناه أخرج أبو داود في «سننه» (٢/ ح٢١٤٥) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٠٣) بلفظ: «وإن خفتم نشوزهن فاهجروهن في المضاجع» قال حماد: يعني النكاح.

(٤٣) أخرجه البخاري في كتاب «الأدب» (١٠/ ح٦٠٧٧) واللفظ لمسلم، ومسلم في «البر والصلة» (٤/ ٢٥/ ١٩٨٤) وأبو داود في «سننه» (٤ ح٤٩١١) والدارقطني في «سننه» (٤/ ح١٩٣٢) وأحمد في «مسنده» (١/ ١٧٦) والبيهقي في «السنن» (٧/ ٣٠٣).

بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ وقال النبى ﷺ: «إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربًا غير مبرح»(٤٤) رواه مسلم، معنى غير مبرح أى ليس بالشديد، قال الخلال: سألت أحمد بن يحيى عن قوله: «ضربًا غير مبرح» قال: غير شديد، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة، لأن المقصود التأديب لا الإتلاف، وقد روى أبو داود عن حكيم فى معاوية القشيرى عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: «أن يطعمها إذا طعمت ويكسوها إذا اكتسيت ولا يقبح ولا يهجر إلا فى البيت»(٤٥) وروى عبد الله بن زمعة عن النبى ﷺ قال: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها فى آخر اليوم»(*) ولا يزيد فى ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله ﷺ: «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله» متفق عليه(٤٦).

فصل: وله تأديبها على ترك فرائض الله، وسأل إسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه قال على فرائض الله، وقال فى الرجل له امرأة لا تصلى يضربها ضربًا رفيقًا غير مبرح، وقال على رضي الله عنه فى تفسير قوله تعالى: ﴿قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ (التحريم: ٥) قال علموهم أدبوهم(٤٧)، وروى أبو محمد الخلال بإسناده عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «رحم الله عبدًا علق فى بيته سوطًا يؤدب أهله»(٤٨) فإن لم تصل فقد قال أحمد أخشى أن لا يحل لرجل يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من جنابة ولا تتعلم القرآن قال

ولا تبطل إذا قلنا إنهما حاكمان، لأن الحاكم يحكم على المجنون، وذكر شيخنا فى كتاب المغنى أنه لا يجوز له الحكم أيضًا، لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون.

---

(٤٤) أخرجه مسلم فى كتاب «الحج» (٢/ ١٤٧/ ٨٩٠) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح١٩٠٥) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٦٣) وابن ماجه فى «السنن» (١/ ح١٨٥١) والدارمى فى «السنن» (٢/ ح١٨٥٠) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٧٣).

(٤٥) أخرجه أبو داود (٢/ ح٢١٤٢) فى «سننه» وإسناده صحيح.

(*) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥٢٠٤/ فتح) ومسلم (٤/ ٤٩/ ٢١٩١) والترمذى فى «سننه» (٥/ ح٣٣٤٣) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٨٣) والدارمى فى «السنن» (٢/ ح٢٢٢٠) بنحوه وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٧).

(٤٦) أخرجه البخارى فى «الحدود» (١٢/ ح٦٨٤٨) ومسلم فى «الحدود» (٣/ ٤٠/ ١٣٣٣) وأبو داود فى سننه (٤/ ٤٤٩١) وابن ماجه فى «السنن» (٢/ ح٢٦٠١) بلفظ: «عشر جلدات».

(٤٧) أخرجه ابن جرير الطبرى فى «تفسيره» (٢٨/ ١٠٧) وذكره ابن كثير أيضًا من التفسير (٨/ ١٩٤).

(٤٨) أخرجه ابن عدى فى «الكامل» (٤/ ٣٣٦) من طريق عباد بن كثير عن أبى الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ . . . ثم ذكره، قال يحيى: عباد ليس بشىء، ومرة: ضعيف، وقال النسائى: متروك الحديث، وقال الحافظ فى التقريب: متروك، قال أحمد: روى أحاديث كذب.

أحمد فى الرجل يضرب امرأته: لا ينبغى لأحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربتها، والأصل فى هذا ما روى الأشعث عن عمر أنه قال: يا أشعث احفظ عنى شيئًا سمعته من رسول الله ﷺ: «لا تسألن رجلاً فيما ضرب امرأته»(٤٩) رواه أبو داود، ولأنه قد يضربها لأجل الفراش، فإن أخبر بذلك استحيى، وإن أخبر بغيره كذب.

فصل: وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها إما لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك لقول الله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ (النساء: ١٢٨) روى البخارى عن عائشة ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا﴾ قالت: هى المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له أمسكنى ولا تطلقنى ثم تزوج غيرى فأنت فى حل من النفقة علىَّ والقسمة لى(٥٠).

وعن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ قالت: «يا رسول الله يومى لعائشة» فقبل ذلك رسول الله ﷺ منها، قالت فى ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفى أشباهها أراه قال: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ رواه أبو داود(٥١)، ومتى صالحته على ترك شىء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فإن رجعت فلها ذلك، قال أحمد فى الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها إن رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فإن شاءت رجعت.

١٢٣١- مسألة: قال: **(والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة وخشى عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إذا رأيا أو يفرقا فما فعلا من ذلك لزمهما).**

فصل: فإن شرط الحاكمان شرطًا أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشرطا ترك بعض النفقة والقسم لم يلزمه الوفاء به، لأنه إذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى، وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا فى الخلع، وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل إن لم ترض الزوجة، لأنهما وكيلان فيما يتعلق بالإصلاح لا فى إسقاط الحقوق.

---

(٤٩) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٤٧) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح١٩٨٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٣٠٥) وأحمد (١/ ٢٠) من طريق أبى داود بن عبد الله الأودى عن عبد الرحمن المُسلِّمى عن الأشعث بن قيس عن عمر بن الخطاب، وإسناده ضعيف من أجل المسلمى، قال الذهبى: لا يعرف إلا فى هذا الحديث وقال الحافظ: «مقبول».

(٥٠) أخرجه البخارى فى «النكاح» (٩/ ح٥٢٠٦/ فتح).

(٥١) تقدم برقم (٢٤/ مسألة ١٢٢٤).

وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم، فإن بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضى حكمه، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدى عليها، وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعدٍّ أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف، فإن لم يتهيأ ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها فنظر بينهما وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ (النساء: ٣٥).

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى الحكمين، ففى إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا بإذنهما، وهذا مذهب عطاء وأحد قولى الشافعى، وحكى ذلك عن الحسن وأبى حنيفة لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما، والثانية: أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما، وروى نحو ذلك عن على وابن عباس وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعى وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٣٥) فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال: ﴿إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا﴾ (النساء: ٣٥) فخاطب الحكمين بذلك.

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلمانى أن رجلاً وامرأة أتيا عليًا مع كل واحد منهما فئام من الناس فقال على رضي الله عنه: ابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، فبعثوا حكمين، ثم قال على للحكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله على ولى، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال على: كذبت، حتى ترضى بما رضيت به(٥٢) وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك، ويروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان، فبعث حكمًا من أهله عبد الله بن عباس وحكمًا من أهلها معاوية، فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين(٥٣) من بنى عبد مناف، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا(٥٤)، ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع، إذا ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لأن هذه من شروط

---

(٥٢) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ١٨٩/ ٢٩٥) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ٥١٢/ ح١١٨٨٣) وذكره ابن كثير فى تفسيره (٢/ ٢٦٠).

(٥٣) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ١١٨٨٧/ ٥١٣) وذكره ابن كثير فى «تفسيره» (٢/ ٢٥٩).

(٥٤) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٦/ ٥١٢) والطبرى فى تفسير الآية (٣٥) من النساء.

العدالة سواء قلنا هما حاكمان أو وكيلان لأن الوكيل إذا كان متعلقًا بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلاً كما لو نصب وكيلاً لصبى أو مفلس ويكونان ذكرين لأنه مفتقر إلى الرأى والنظر، قال القاضى ويشترط كونهما حرين، وهو مذهب الشافعى لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة، والأولى أن يقال: إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية، لأن توكيل العبد جاز وإن كانا حكمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبدًا، ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لأنهما يتصرفان فى ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال، فإن كانا من غير أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطًا فى الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشادًا واستحبابًا، فإن قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئًا حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها فى الخلع والصلح على ما يراه، فإن امتنعا من التوكيل لم يجبر، أو إن قلنا إنهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه.

فصل: فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين إمضاء رأيهما إن قلنا إنهما وكيلان لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة، وإن قلنا إنهما حاكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وإن كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته، وإن جن أحدهما بطل حكم وكيله لأن الوكالة تبطل بجنون الموكل وإن كان حاكمًا كما لم يجز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعين ولا يتحقق ذلك مع الجنون.

فصل: فإن شرط الحكمان شرطًا أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشترط ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به، لأنه لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى، وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ للزوج إلا فى الخلع، وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم تبرأ الزوجة، لأنهما وكيلان فيما يتعلق بالإصلاح لها فى إسقاط الحقوق.

فهرس الموضوعات

فهرس موضوعات المجلد التاسع

الموضـــــوع | الصفحة

الموضـــــــــــوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضـــــــــــوع الصفحة